F. pom. C.
737m -2,1
Goerres

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<36636314400013

Bayer. Staatsbibliothek

Vorlesungen

über das

gemeine Civilrecht

von

Joh. Friedr. Ludw. Göschen.

Aus dessen hinterlassenen Papieren herausgegeben

von

Dr. Albrecht Erxleben,

Privatdocenten der Rechte und außerordentlichem Beisitzer des Spruchcollegiums zu Göttingen.

Zweiter Band.

Erste Abtheilung. Sachenrecht.

Göttingen

bei Vandenhoeck und Ruprecht.

1839.

217 D

BIBLIOTHECA
REGLA
MONACENSIS.

Vorwort des Herausgebers.

Durch die Vollendung der ersten Abtheilung des zweiten Bandes von Göschen's Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, welche gegenwärtig dem Publicum dargeboten wird, hat der Herausgeber das Versprechen erfüllt, welches er bei dem Erscheinen des ersten Bandes gegeben hat. (S. Bd. I. Ste XVI. des Vorworts). Es ist dies um so erfreulicher für ihn, als die freundliche Aufnahme, welche der erste, den allgemeinen Theil enthaltende, Band bei der juristischen Welt gefunden hat, ihn zu der Hoffnung berechtigt, jenes Wohlwollen werde durch den Inhalt des besonderen Theiles, dessen erste Abtheilung hier erscheint, noch gesteigert werden.

Die Stimmen, welche sich nach dem Erscheinen des ersten Bandes vernehmen ließen, (Berliner Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik. 1838. № 58. u. 59. [Rudorff].— Richter's kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft. 1838. Heft IX. S. 799 — 802. [Bethmann-Hollweg].— Gersdorf Repertorium der gesammten Litteratur. 1838. Bd. XVII. S. 412—415.) wurden freilich nicht früh genug laut, als daß der Herausgeber die von

denselben gewünschten Abänderungen im Plane der Redaction hätte vornehmen können. Allein zum guten Glücke betreffen jene Wünsche großen Theils nur Außerwesentliches: einigen derselben glaubt der Herausgeber schon aus eigenem Antriebe genügt zu haben, anderen wird er schon deshalb nicht entsprechen dürfen, um nicht die Gleichförmigkeit des Werkes zu stören. Der Plan im Ganzen, welchen der Herausgeber befolgte, hat sich dagegen der allgemeinen Billigung zu erfreuen gehabt: und daher ist er denn auch demselben fortwährend treu geblieben. An Fertigkeit in der Befolgung und gleichmäßigen Ausführung desselben hat er vielleicht jetzt schon gewonnen, und hofft zuversichtlich, durch den Verfolg der Arbeit selbst darin noch gefördert zu werden.

Die weitere Vollendung des Ganzen wird unausgesetzt fortschreiten, und wahrscheinlich noch im Laufe des nächsten Jahres das ganze Werk der Oeffentlichkeit übergeben sein.

Göttingen, den 15. December 1838.

A. Erxleben.

Uebersicht des Inhalts.

Zweites Buch. Sachenrecht.

Erstes Kapitel. Von dinglichen Rechten überhaupt.

I. Ueber dingliche Rechte im uneigentlichen Sinne des Worts. (§. 217.) S. 3

II. Ueber die Verbindung dinglicher Rechte mit obligatorischen Rechtsverhältnissen. (§. 218.) — 4

III. Ueber Erwerb und Verlust dinglicher Rechte.

A. Erwerb. (§. 219.) — 6

B. Verlust.

a. Ueber Endtermine und Resolutivbedingungen. (§. 220.) — 8

b. Ueber die Regel: Resoluto jure concedentis resolvitur jus accipientis. (§. 221.) — 13

Zweites Kapitel. Von dem Eigenthume.

I. Einleitung. (§. 222.) — 16

II. Rechtliche Natur des Eigenthums.

A. Begriff. (§. 223.) — 19

B. Nähere Bestimmung der im Eigenthum enthaltenen Befugnisse.

a. Ueberhaupt. (§. 224.) — 21

b. Bei Grundstücken insbesondere.
α. Rechte des Eigenthümers. (§. 225.) S. 23
β. Gesetzliche Beschränkungen.
a. Des Rechtes eigener Behandlung. (§. 226.) — 25
b. Des Rechtes, Andere auszuschließen. (§. 227.) — 27
C. Veräußerlichkeit des Eigenthums.
a. Allgemeine Grundsätze. (§. 228.) — 30
b. Ueber Veräußerungsverbote insbesondere. (§. 229.) — 32
D. Concurrenz mehrer Eigenthümer. (§. 230.) — 37
E. Arten des Eigenthums. (§. 231.) — 38
F. Von den Klagen aus dem Eigenthum.
a. Im Allgemeinen. (§. 232.) — 41
b. Insbesondere:
α. Von der Rei vindicatio.
a. Ueber den Gegenstand der Vindication. (§. 233.) — 42
b. Ueber die Subjecte der Klage.
1. Kläger. (§. 234.) — 44
2. Beklagter. (§. 235.) — 47
c. Ueber den vom Kläger zu führenden Beweis. (§. 236.) — 51
d. Ueber den Zweck der Klage.
1. Im Allgemeinen. (§. 237.) — 53
2. Insbesondere hinsichtlich der Früchte. (§. 238.) — 56
e. Ueber die Einreden des Beklagten.
1. Exceptio rei venditae et traditae. (§. 239.) — 59
2. Anderweitige Einreden. (§. 240.) — 62
β. Von der Negatoria actio.
a. Im Allgemeinen. (§. 241.) — 64
b. Insbesondere hinsichtlich der Beweislast. (§. 242.) — 67
III. Erwerb des Eigenthums.
A. Von dem Erwerbe des Eigenthums im Allgemeinen.
a. Systematische Uebersicht über die hier ausführlicher abzuhandelnden Erwerbarten. (§. 243.) — 70
b. Summarische Bezeichnung der übrigen Erwerbarten. (§. 244.) — 72
B. Einzelne Erwerbarten.
a. Erwerb durch Occupation. (§. 245.) — 74
b. Erwerb durch Cultur wüst liegender Ländereien. (§. 246.) — 78

c. Erwerb durch Specification. (§. 247.) S. 78
d. Erwerb durch Ersitzung.
aa. Einleitung.
α. Allgemeine Natur dieser Erwerbart. (§. 248.) — 83
β. Geschichte derselben.
αα. Vorjustinianisches Recht. (§. 249.) — 86
ββ. Justinianisches Recht.
a. Rechtszustand bei dem Beginnen der Justinianischen Gesetzgebung. (§. 250.) — 91
b. Justinianische Reformen.
aa. Einzelne Reformen. (§. 251.) — 92
bb. Resultat. (§. 252.) — 95
γ. Sprachgebrauch. (§. 253.) — 96
bb. Ausführliche Darstellung.
α. Von der Ersitzung überhaupt.
Mögliche Gegenstände derselben.
αα. Sachen, wobei alle Ersitzung ausgeschlossen ist. (§. 254.) — 98
ββ. Ueber die Frage, inwieweit Sachen der Minderjährigen der Ersitzung unterworfen sind. (§. 255.) — 100
β. Von den Erfordernissen der ordentlichen Ersitzung.
αα. Uebersicht. (§. 256.) — 106
ββ. Weitere Ausführung.
a. Ueber den Besitz an sich. (§. 257.) — 107
b. Ueber den guten Glauben. (§. 258.) — 111
c. Ueber die Justa causa.
aa. Allgemeine Grundsätze. (§. 259.) — 114
bb. Einzelne Titel. (§. 260.) — 117
cc. Insbesondere von der Pro herede usucapio. (§. 261.) — 120
d. Ueber die Unzulässigkeit der ordentlichen Ersitzung bei gewissen Gegenständen.
aa. Stillschweigende Verbote. (§. 262.) — 124
bb. Ausdrückliche Verbote.
1. Ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit des Eigenthümers. (§. 263.) — 128
2. Mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Eigenthümers. (§. 264.) — 133
e. Ueber die Fortsetzung des Besitzes während der gesetzlich bestimmten Frist. (§. 265.) — 136

f. Ueber die Unterbrechung der Ersitzung. (§. 266.) S. 140
γ. Von den Erfordernissen der außerordentlichen Ersitzung. (§. 267.) — 143
e. Erwerb im Fall einer Veräußerung durch den Fiscus. (§. 268.) — 145
f. Erwerb durch Erzeugung aus einer eignen Sache. (§. 269.) — 145
g. Erwerb im Fall einer Verbindung unbeweglicher Gegenstände unter einander. (§. 270.) — 146
h. Erwerb bei einer Verbindung des Beweglichen mit dem Unbeweglichen.
aa. Durch Bauen. (§. 271.) — 151
bb. Durch Pflanzen und Säen. (§. 272.) — 155
i. Erwerb im Fall einer Verbindung beweglicher Gegenstände unter einander.
aa. Bei einer Verbindung ohne s. g. Confusio. (§. 273.) — 158
bb. Bei einer Verbindung durch Confusio. (§. 274.) — 162
k. Erwerb wegen Vermengung. (§. 275.) — 164
l. Erwerb eines gefundenen Schatzes. (§. 276.) — 166
m. Erwerb durch Tradition.
aa. Ueber diese Erwerbart im Allgemeinen. (§. 277.) — 169
bb. Insbesondre über die Justa causa bei der Tradition. (§. 278.) — 174
n. Erwerb durch Adjudication. (§. 279.) — 178
o. Erwerb wegen nicht erstatteter Reparaturkosten. (§. 280.) — 179
p. Erwerb wegen Zolldefraudation. (§. 281.) — 179
q. Erwerb des Eigenthums an den Früchten einer fremden Sache.
aa. Von Seiten des Bonae fidei possessor. (§. 282.) — 179
bb. Von Seiten des Emphyteuta, des Fructuarius und des Pächters. (§. 283.) — 187
III. Verlust des Eigenthums. (§. 284.) — 189
IV. S. g. prätorisches Eigenthum.
A. Einleitung. (§. 285.) — 191
B. Ausführlichere Darstellung der hinsichtlich der Publiciana in rem actio geltenden Grundsätze. (§. 286.) — 198

Drittes Kapitel. Von den Servituten.

I. Rechtliche Natur der Servituten.
A. Von Servituten überhaupt.
a. Begriff. (§. 287.) — 200

b. Eintheilungen. (§. 288.) S. 204
c. Untheilbarkeit. (§. 289.) — 206
d. Klagen.
α. Confessoria actio. (§. 290.) — 208
β. Publiciana actio. (§. 291.) — 212
B. Von den Prädialservituten.
a. Im Allgemeinen. (§. 292.) — 214
b. Einzelne Servituten.
α. Ususfructus.
a. Eigentlicher Ususfructus.
1. Begriff und Gegenstand. (§. 293.) — 217
2. Rechte des Fructuars. (§. 294.) — 218
3. Verbindlichkeiten desselben. (§. 295.) — 223
b. Uneigentlicher Ususfructus. (§. 296.) — 229
β. Usus. (§. 297.) — 232
γ. Habitatio. (§. 298.) — 236
C. Von den Prädial-Servituten.
a. Im Allgemeinen. (§. 299.) — 236
b. Einzelne Servituten.
α. Servitutes praediorum urbanorum.
a. Affirmative. (§. 300.) — 241
b. Negative. (§. 301.) — 243
c. Solche, deren Bedeutung streitig ist. (§. 302.) — 244
β. Servitutes praediorum rusticorum.
a. Wegegerechtigkeiten. (§. 303.) — 248
b. Servituten, welche sich auf Leitung und Benutzung des Wassers beziehen. (§. 304.) — 252
c. Uebrige hierher gehörige Servituten. (§. 305.) — 253
II. Erwerb der Servituten.
A. Von dem Erwerbe der Servituten im Allgemeinen. (§. 306.) — 255
B. Insbesondere:
a. Von der Begründung einer Servitut durch Uebereinkunft. (§. 307.) — 258
b. Von der Begründung einer Servitut durch Adjudication. (§. 308.) — 263
c. Von der Ersitzung der Servituten.
α. Einleitung. (§. 309.) — 264
β. Einzelne Erfordernisse. (§. 310.) — 265
III. Aufhebung der Servituten.
A. Von der Aufhebung der eigentlichen Servituten.
a. Durch Entsagung. (§. 311.) — 272
b. Durch Nichtgebrauch.

α. Einleitung. (§. 312.) S. 273
β. Einzelne Erfordernisse. (§. 313.) — 275
γ. Ueber das Haupterforderniß des Nichtgebrauchs insbesondre. (§. 314.) — 279
c. Durch Confusion. (§. 315.) — 282
d. Durch Untergang des Objectes. (§. 316.) — 283
e. Durch Untergang des Subjectes. (§. 317.) — 285
f. Durch anderweitige Ereignisse. (§. 318.) — 287
B. Von dem Erlöschen des uneigentlichen Ususfructus. (§. 319.) — 288

Viertes Kapitel. Von der Emphyteusis und von der Superficies.

I. Von der Emphyteusis.
A. Rechtliche Natur.
a. Einleitung. (§. 320.) — 290
b. Rechte des Emphyteuta. (§. 321.) — 294
c. Verbindlichkeiten desselben. (§. 322.) — 295
d. Rechtsmittel. (§. 323.) — 298
B. Erwerb. (§. 324.) — 299
C. Aufhebung.
a. Von der Aufhebung der Emphyteuse im Allgemeinen. (§. 325.) — 303
b. Insbesondere von der Privation. (§. 326.) — 306
II. Von der Superficies.
A. Rechtliche Natur. (§. 327.) — 308
B. Erwerb und Aufhebung. (§. 328.) — 312

Fünftes Kapitel. Von dem Pfandrechte.

I. Einleitung.
A. Begriff des Pfandrechtes. (§. 329.) — 314
B. Eintheilungen. (§. 330.) — 319
C. Umfang des Pfandrechtes. (§. 331.) — 322
II. Erwerb des Pfandrechtes.
A. Ursprünglicher Erwerb.
a. Allgemeine Bedingungen der Möglichkeit eines Pfandrechtes. (§. 332.) — 326
b. Art und Weise der wirklichen Begründung.
α. Begründung durch Privatwillkür.
a. Erfordernisse.
1. In Bezug auf das Verhältniß des Verpfän-

ders zu dem Gegenstande der Verpfändung. (§. 333.) S. 329
2. In Bezug auf die Verpfändung selbst. (§. 334.) — 333
b. Zeitpunkt des Anfanges. (§. 335.) — 334
β. Begründung durch obrigkeitliche Verfügung. (§. 336.) — 338
γ. Begründung durch gesetzliche Vorschrift.
a. Einleitung. (§. 337.) — 340
b. Allgemeine gesetzliche Pfandrechte. (§. 338.) — 341
c. Besondere gesetzliche Pfandrechte. (§. 339.) — 349
d. Ueber einige angebliche gesetzliche Pfandrechte. (§. 340.) — 357
B. Succession in ein schon vorhandenes Pfandrecht. (§. 341.) — 358
III. Rechtsverhältnisse des Pfandgläubigers.
A. Von den Rechtsverhältnissen des Pfandgläubigers an und für sich.
a. Im Allgemeinen. (§. 342.) — 364
b. Insbesondere:
α. Von dem Verkaufsrechte des Pfandgläubigers.
a. Einleitung. (§. 343.) — 366
b. Verfahren vor und bei dem Verkaufe. (§. 344.) — 368
c. Rechtliche Folgen des Verkaufes. (§. 345.) — 370
d. Aushülfe für den Fall, da es an einem annehmlichen Käufer fehlt. (§. 346.) — 372
β. Von der Unzulässigkeit der Lex commissoria. (§. 347.) — 374
γ. Von dem eigenthümlichen Retentionsrechte des Pfandgläubigers. (§. 348.) — 375
B. Von der Collision mehrer Pfandgläubiger.
a. Einleitung. (§. 349.) — 376
b. Von der Collision ungleich berechtigter Pfandgläubiger, oder von der Priorität.
α. Bedingungen der Priorität.
a. Ueber den Vorzug der privilegirten Pfandrechte.
1. Einzelne Privilegien. (§. 350.) — 378
2. Rangordnung der Privilegien. (§. 351.) — 386
b. Ueber den Vorzug der öffentlichen Pfandrechte. (§. 352.) — 388
c. Ueber den Vorzug, welchen die Zeit der Entstehung gewährt. (§. 353.) — 390
d. Ueber das gegenseitige Verhältniß der verschiedenen Gründe der Priorität. (§. 354.) — 392
β. Rechtliche Bedeutung der Priorität. (§. 355.) — 395

c. Von der Collision gleich berechtigter Pfandgläubiger. (§. 356.) S. 399
IV. Klagen zum Schutz des Pfandrechtes.
A. Von der Hypothecaria actio.
a. Vorerinnerung. (§. 357.) — 400
b. Ueber die Subjecte der Klage und den vom Kläger zu führenden Beweis. (§. 358.) — 401
c. Zweck und Wirkungen der Klage. (§. 359.) — 403
d. Einreden des Beklagten. (§. 360.) — 407
B. Von dem Salvianum interdictum. (§. 361.) — 410
V. Aufhebung des Pfandrechtes.
A. Von der Aufhebung des Pfandrechtes überhaupt. (§. 362.) — 412
B. Insbesondere von der Aufhebung desselben.
a. Durch Entsagung. (§. 363.) — 414
b. Durch Confusion. (§. 364.) — 416
c. Durch Untergang des Objectes. (§. 365.) — 418
d. Durch Veräußerung des verpfändeten Gegenstandes. (§. 366.) — 418
e. Durch Aufhebung der Forderung. (§. 367.) — 419
VI. Uneigentliches Pfandrecht.
A. Einleitung. (§. 368.) — 421
B. Insbesondere:
a. Von dem Pfandrechte an einem Jus in re. (§. 369.) — 422
b. Von dem Pfandrechte an einer Forderung. (§. 370.) — 424

Zweites Buch.

Sachenrecht.

Zweites Buch.

Sachenrecht.

Erstes Kapitel.

Von dinglichen Rechten überhaupt.

§. 217.

I. Ueber dingliche Rechte im uneigentlichen Sinne des Worts.

Der Gegenstand eines dinglichen Rechts im eigentlichen Sinne des Worts, es sei vom Eigenthum die Rede oder von einem **Jus in re aliena**, ist jederzeit eine körperliche Sache. In einem uneigentlichen Sinne aber wird von gewissen **Jura in re** gesagt, sie könnten auch unkörperliche Sachen zum Gegenstande haben. Und eben dies ist es, was hier erklärt werden soll.

In dem Begriff eines eigentlichen »**Jus in re aliena**« liegt eine nothwendige Beziehung auf das einem Andern zuständige Eigenthumsrecht. Man hat ein Recht an einer gewissen körperlichen Sache, wodurch das einem Anderen an eben dieser Sache zuständige Eigenthumsrecht beschränkt wird. — Allein zuweilen wird einem **Jus in re** eine solche Ausdehnung beigelegt, daß es gedacht wird, als mögliche Beschränkung auch eines andern Rechtes, als des Eigenthums, z. B. als Beschränkung eines obligatorischen Rechts. Und da es in einem solchen Falle an einer körperlichen Sache fehlt, die man als Gegenstand des Rechts

bezeichnen könnte, so behandelt man als solchen das zu beschränkende Recht selbst; dieses ist aber natürlicher Weise etwas Unkörperliches, und daher sagt man denn: der Gegenstand des **Jus in re** ist hier eine unkörperliche Sache. Fragen wir aber, was bedeutet ein solches uneigentliches **Jus in re**, so ist die Antwort die: es wird dadurch irgend ein Recht, welches nicht Eigenthumsrecht ist, auf eine ähnliche Weise beschränkt, wie bei einem wahren und eigentlichen **Jus in re** das Eigenthumsrecht einer Beschränkung unterworfen wird. Uebrigens gibt es nur zwei **Jura in re**, die in dieser erweiterten Ausdehnung vorkommen: das ist der Nießbrauch und das Pfandrecht. Der Nießbrauch im eigentlichen Sinne des Worts enthält nur eine Beschränkung des Eigenthums — im uneigentlichen Sinne aber kann es auch einen Nießbrauch geben, durch welchen andere Rechte beschränkt werden, und dadurch wird denn der Begriff möglich eines Nießbrauchs an einem ganzen Vermögen, eines **Ususfructus omnium bonorum**. Und eben so ist es bei dem Pfandrechte. Indem man hinsichtlich anderer Rechte, als das Eigenthum ist, eine Beschränkung eintreten läßt, derjenigen analog, welcher bei einem eigentlichen und wahren Pfandrechte der Eigenthümer unterworfen ist, so gelangt man dadurch zu dem Begriffe eines Pfandrechts an einem ganzen Vermögen — einer **Hypotheca omnium bonorum.**

§. 218.

II. Ueber die Verbindung dinglicher Rechte mit obligatorischen Rechtsverhältnissen.

Es gibt Ein dingliches Recht, welches als **Accessorium** einer **Obligatio** gedacht wird: dieses ist das Pfandrecht. Der Zweck desselben ist, Jemanden wegen einer Forderung sicher zu stellen. Daher ist es Regel: ohne Forderung kann das Pfandrecht nicht entstehen, mit dem Aufhören der Forderung erlischt es u. s. w.

Ferner gibt es nun aber auch obligatorische Verhältnisse, die umgekehrt als Zubehörungen dinglicher Rechte erscheinen, so daß hier das dingliche Recht das **Principale** ist.

Dahin ist zuerst dieses zu rechnen: manche dingliche Rechte sind von der Art, daß die Verbindung mit gewissen obligatorischen Verhältnissen zu ihrem Wesen gehört. Dies ist z. B. der Fall bei dem **Ususfructus**. Der Usufructuar hat nicht nur ein **Jus in re**, vermittelst dessen ihm in Hinsicht der Sache, auf welche sein Recht sich bezieht, gewisse Befugnisse zustehen, sondern es liegen ihm auch gegen den jedesmaligen Eigenthümer der Sache gewisse obligatorische Verpflichtungen ob. Dasselbe finden wir bei den übrigen persönlichen Servituten, desgleichen bei der **Emphyteusis** und bei der **Superficies**. Ja es kommt etwas Aehnliches vor auch bei dem Pfandrechte. Dieses nämlich ist auf der einen Seite das **Accessorium** einer Forderung; davon war vorhin schon die Rede; auf der andern Seite gibt es dabei aber auch eine **Obligatio**, hinsichtlich deren das Pfandrecht das **Principale** ist: der Pfandgläubiger, wenn er seine Befriedigung erhalten hat, ist schuldig, das empfangene Pfand zurückzugeben; wird er nicht befriedigt und es kommt zur Veräußerung des Pfandes, so ist er verbunden dabei, neben dem eignen auch das Interesse des Verpfänders wahrzunehmen u. s. w. Die Prädialservituten sind die einzigen **Jura in re**, welche von keiner Obligation begleitet sind.

Zweitens gehört hierher, daß zuweilen ein obligatorisches Verhältniß, mit einem dinglichen Rechte von Außen her in eine solche Verbindung gebracht wird, daß es auf denjenigen, der in dieses dingliche Recht succedirt, mit übergeht, auch wenn die Succession keine universelle ist. Ich sage von Außen her, um anzudeuten, daß hier von einer Verbindung die Rede ist, die nicht schon in dem Wesen des dinglichen Rechtes liegt. Z. B. ich bin im Besitze einer Sache, deren Eigenthum **A.** in Anspruch nimmt. Es kommt zum Prozeß — und durch ein ungerechtes, aber rechtskräftiges Erkenntniß wird der **A.** als Eigenthümer anerkannt. Aus dieser **Res judicata** geht eine **Obligatio** hervor, vermöge welcher ich im Verhältniß zu dem **A.** den Inhalt des Urtheils gelten zu lassen verbunden bin. Mein Eigenthumsrecht selbst habe ich aber durch das ungerechte Urtheil nicht verloren; daher kann ich die Sache an den **B.** veräußern; da-

durch wird B. Eigenthümer werden, und dieses Eigenthumsrecht kann er auch gegen jeden Dritten mit Erfolg geltend machen, nur nicht gegen den A.; denn indem B. in mein Eigenthumsrecht succedirt, so succedirt er zugleich in die aus dem Urtheil hervorgegangene **Obligatio** — in Gemäßheit der in den §. §. 171 und 174. entwickelten Grundsätze.

Soviel über die Verbindung dinglicher Rechte mit Obligationen.

III. Ueber Erwerb und Verlust dinglicher Rechte.

(§. §. 219—221.)

§. 219.

A. Erwerb.

Von demjenigen, was dem Erwerbe einzelner dinglicher Rechte eigenthümlich ist, kann begreiflicher Weise hier nicht die Rede sein. Wohl aber ist dieses Ortes folgende Frage: gibt es etwa, neben aller Verschiedenheit im Einzelnen, auch gewisse allgemeine Grundsätze, welche einerseits auf den Erwerb dinglicher Rechte überhaupt Anwendung finden, andererseits aber da nicht gelten, wo von dem Erwerbe irgend eines sonstigen Rechts die Rede ist, eines Rechts, welches kein dingliches ist? Einer richtigen Ansicht nach muß diese Frage *verneint* werden. In gar vielen Büchern aber findet man sie *bejaht*; und eben deshalb darf ich diesen Gegenstand nicht mit Stillschweigen übergehen.

Nämlich diejenigen, welche unsere Frage bejahen, sagen so: Bei dem Erwerbe dinglicher Rechte überhaupt findet das Besondere Statt, daß immer *Zweierlei* vorausgesetzt wird, ein **Titulus** und ein **Modus acquirendi** [1]). Fragt man nun aber weiter: was ist denn unter **Titulus** zu verstehen, und was unter **Modus acquirendi**? so wird darauf nicht durchweg dieselbe Antwort gegeben. Die gewöhnliche Antwort indessen — und das ist zugleich diejenige, die sich noch am Ersten hören läßt — lautet so: Jedes dingliche Recht erfordert

1) Ich verweise u. A. auf *Höpfner*, Commentar. §. 293.

1. einen rechtlichen Grund, welcher den Erwerb möglich macht; das ist der **Titulus**. Sodann aber muß

2. noch etwas Anderes hinzukommen, vermöge dessen die durch den Titel gegebene rechtliche Möglichkeit zur Wirklichkeit wird — und dieses Andere, das ist der **Modus acquirendi**.

Auf den ersten Blick scheint diese Antwort befriedigend zu sein; bei näherer Prüfung zeigt sich indessen gar bald das Gegentheil. Denn worin soll denn nun in jedem einzelnen Falle der Titel, also der rechtliche Grund, der den Erwerb möglich macht, gesetzt werden? Will man ihn finden in einem bloßen Rechtssatze, so ist das etwas, was überall vorkommt, nicht bloß bei dem Erwerb dinglicher Rechte: auch die Entstehung der Obligationen und der Familienverhältnisse gründet sich auf das Vorhandensein gewisser Rechtssätze. Ist aber die Meinung die: unter den Thatsachen, auf die es bei dem Erwerbe ankommt, machen einige den Titel aus, und andere den **Modus acquirendi** — ist, sage ich, dies die Meinung, so läßt sich schlechterdings kein Princip aufstellen, wonach diese Sonderung in jedem einzelnen Falle vorzunehmen wäre. Hieraus aber ergibt sich, daß die ganze Theorie in sich selbst unhaltbar ist.

Auch findet sie in unsern Quellen nirgend einen Stützpunkt. In den Quellen kommt nicht einmal der Ausdruck »**Modus acquirendi**« vor. Das Wort »**Titulus**« findet sich allerdings, aber nicht in dem vorhin bezeichneten Sinne. Es kommt vor

1. in den mancherlei Bedeutungen, welche der Sprachgebrauch des gemeinen Lebens ihm anweis't. So z. B. in dem Sinn, da »**Titulo alicujus rei**« so viel heißt, als: auf den Grund von etwas; in Beziehung auf etwas [2]).

2. **Titulus** kommt auch vor in einer eigenthümlichen technischen Bedeutung — aber nur in Beziehung auf den Besitz, indem der Grund, aus welchem Jemand besitzt, die **Causa possessionis**, dadurch bezeichnet wird. **Justus titulus** ist soviel, als **Justa possessionis causa**. Und wenn die Rede ist von einem **Titulus pro emptore, pro donato** u. s. w., so soll damit

2) Hieher gehören **L. 4. pr. D. d. nautico foen. XXII, 2. L. 5. C. d. pact. convent. tam sup. dote etc. V, 14.**

dieses gesagt werden: der Grund, weshalb man besitzt, liegt darin, daß man Käufer ist, oder daß einem der Gegenstand des Besitzes geschenkt ist u. s. w. [3]).

Diesemnach hat »**Titulus**« eine technische Bedeutung; aber gar nicht die, welche die Vertheidiger der in Rede stehenden Theorie dem Worte beilegen.

Diese Theorie ist also weder in sich haltbar, noch auf die Quellen gegründet. In neuerer Zeit ist man denn auch immer mehr und mehr davon zurückgekommen; namentlich wird sie in den neueren Lehrbüchern als durchaus grundlos verworfen. Ein ganz besonderes Verdienst hat sich um die Widerlegung der gedachten Theorie Hugo erworben [4]). Es ist sehr zu bedauern, daß man den Ungrund jener Theorie nicht schon früher eingesehen hat. Denn sie hat zu mehr als Einem falschen Rechtssatze Veranlassung gegeben, auf den man vielleicht nie verfallen wäre, wenn man ihn nicht als eine nothwendige Folge aus der Lehre von dem **Titulus** und von dem **Modus acquirendi** betrachtet hätte.

B. Verlust.

§. 220.

a. Ueber Endtermine und Resolutivbedingungen.

Die Verleihung eines dinglichen Rechts kann verbunden werden mit der Begründung eines obligatorischen Verhältnisses, in Folge dessen derjenige, welchem das Recht verliehen wird, verpflichtet sein soll, von einem künftigen Zeitpunkte an das Recht gegen den Verleiher nicht weiter geltend zu machen, oder dazu, es in einem künftigen Zeitpunkte auf einen Andern zu übertragen, dieser Andere sei nun irgend ein Dritter, oder der gegenwärtige Verleiher selbst. Wenn hier das dingliche Recht in der Person desjenigen, dem es verliehen worden, aufhört, so

3) **L. 13. §. 1. D. d. H. P. V, 3. L. ult. D. si quis omissa causa testam. etc. XXIX, 4. L. 46. D. d. usurp. et usuc. XLI, 3. L. 24. C. d. R. V. III, 32.**

4) Hugo im civilist. Magazin. Bd. I. Nr. 11. Bd. IV. Nr. 6. Dessen Lehrbuch des heut. Röm. Rechts. 7te Ausg. S. 57. 58. 89. 90. 96. 97. 105—108.

geschieht das nicht von selbst, sondern durch Erfüllung der deshalb übernommenen obligatorischen Verpflichtung [1]).

Nun aber fragt es sich: kann ein dingliches Recht auch in der Art **ad diem**, oder **ad conditionem** verliehen werden, daß es mit dem festgesetzten Tage, oder der erfüllten Bedingung ohne Weiteres, **ipso jure**, von selbst aufhört?

Sind die durch den Endtermin, oder durch die Resolutivbedingung bezeichneten Ereignisse, von der Art, daß sie schon nach unmittelbar gesetzlichen Bestimmungen das verliehene Recht aufheben, so versteht es sich, daß sie diese Wirkung auch jetzt haben werden [2]).

Aber wie, wenn die Zeitbestimmung oder Bedingung eine eigentliche, also keine sich von selbst verstehende, sondern eine willkürliche ist? Das grade ist unsere Frage. — Bei Beantwortung derselben müssen wir die verschiedenen Arten dinglicher Rechte unterscheiden:

1. Es gibt solche, die, ihrem Wesen nach, vorübergehende Rechte sind. Dahin gehören die persönlichen Servituten, namentlich der Ususfructus. Auch in ihrer längsten Dauer sind sie auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt. Eben dahin gehört aber auch das Pfandrecht, inwieweit es nur eben darauf abzweckt, dem Inhaber, seiner Forderung halber, Sicherheit zu gewähren: es erlischt, sobald die Schuld getilgt wird; ja es hört auf, auch ohne das, sobald der Pfandgläubiger die verpfändete Sache zu seiner Befriedigung verkauft. Daher muß es denn als vollkommen zulässig erscheinen, diese Rechte **ad diem, ad conditionem** dergestalt zu verleihen, daß sie mit dem Eintritt des Termins oder der Bedingung ohne Weiteres aufhören [3]).

2. Von der Emphyteuse und von der Superficies läßt sich nicht sagen, sie wären, ihrer Natur nach, vorübergehende Rechte; aber eben so wenig auch läßt sich das Dauernde als et-

1) L. 2. D. d. pact. int. emtor. etc. IV, 54. L. ult. C. d. legat. VI, 37.

2) L. 29. D. d. mort. c. donat. XXXIX, 6.

3) Wegen der persönlichen Servituten verweise ich auf L. 16. §. 2. D. fam. hercisc. X, 2. L. 6. D. d. usu et usufr. etc. XXXIII, 2. L. 96. §. 1. D. d. condit. et dem. XXXV, 1. L. 5. C. d. usufr. et habitat. III, 33. — Wegen des Pfandrechts auf L. 6. pr. D. quib. mod. pign. XX, 6.

was zu ihrem Wesen Gehöriges betrachten. Daher können denn auch sie in Folge eines Endtermins oder einer Resolutivbedingung **ipso jure** aufhören [4]).

Dagegen sind

3. die Prädialservituten und das Eigenthumsrecht, ihrer Natur nach, dauernder Art, und deshalb gilt hinsichtich ihrer die Regel: Sie hören, wenn sie **ad diem, ad conditionem** verliehen sind, mit dem Eintritt des Endtermins oder der Resolutivbedingung **ipso jure** nicht auf.

Daß die Prädialservituten hierher gehören, ergibt die unten angeführte Stelle [5]). Indessen sehen wir aus dieser Stelle zugleich, daß doch der **Dies** und die **Conditio** nicht ohne Wirkung sind. Denn die Verabredung derselben dient wenigstens dazu, zwischen dem, welcher die Servitut constituirt, und demjenigen, welchem sie constituirt wird, ein obligatorisches Verhältniß zu begründen; in Folge dieser Obligation darf nach eingetretenem Endtermin, nach erfüllter Resolutivbedingung der Inhaber der Servitut dieselbe gegen den Verleiher nicht mehr geltend machen: stellt er gegen denselben die **Confessoria actio** an, so steht ihm eine **Exceptio** entgegen.

Soviel von den Prädialservituten. Ich komme nunmehr zu dem Eigenthumsrechte. Die Regel habe ich vorhin schon angegeben. Aber es kommen auch Ausnahmen vor, über welche ich jetzt Auskunft geben muß. Sie sind von doppelter Art. Die Dauer des Eigenthums kann durch Endtermine oder Resolutivbedingungen indirecter, aber auch directer Weise beschränkt sein.

Zuerst von jenem Fall indirecter Beschränkung. Dahin gehört dieses: denken wir uns, Jemand hat in seinem letzten Willen eine ihm gehörige Sache einem Andern **ex die** oder **sub condi-**

4) Hieher gehört **L. ult. D. si ager vectigal. i. e. emphyteuticar. petat. VI, 3.**, deren Bedeutung in der Folge in dem §. 320. klar werden wird.

5) **L. 4. pr. D. d. servit. VIII, 1.** »Servitutes ipso quidem jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia, quamdiu volam, constitui possunt. Sed tamen si haec adjiciantur, per pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita vindicanti.«

tione legirt. Bei dem Tode des Testators ist der Tag, von welchem an der Legatar Eigenthümer sein soll, noch nicht gekommen; oder die Bedingung ist noch nicht erfüllt. Hier wird nun einstweilen der Erbe Eigenthümer der Sache; aber sobald der von dem Verstorbenen bezeichnete Tag da ist, sobald die Bedingung in Erfüllung geht, so ist von da an, ohne Weiteres der Legatar Eigenthümer; das Eigenthumsrecht des Erben erlischt **ipso jure**. Für diesen ist also indirecter Weise ein Endtermin oder eine Resolutivbedingung, was für den Legatar ein Anfangstermin oder eine Suspensivbedingung ist — und zwar wirkt jener Endtermin, jene Resolutivbedingung auf die Dauer des dem Erben zustehenden Eigenthumsrechts **ipso jure**. Ja, denken wir uns, der Erbe hat das Eigenthumsrecht auf irgend einen Dritten übertragen: auch dieser Dritte wird, sobald der **Dies** da ist, oder die Bedingung in Erfüllung geht, **ipso jure** Eigenthümer zu sein aufhören [6]).

Was nun aber zweitens die Voraussetzung einer directen Beschränkung anbetrifft, so werden in unseren Quellen ausdrücklich nur zwei hieher gehörige Fälle angeführt. In beiden wird die Dauer des Eigenthums durch eine verabredete Resolutivbedingung beschränkt.

Der erste Fall kann vorkommen bei einem Verkauf **cum addictione in diem**, d. h. bei einem Verkauf, dessen Erfolg von dem Umstande abhängig gemacht ist, ob irgend Jemand dem Verkäufer innerhalb einer gewissen Frist bessere Bedingungen bietet. Dabei kann die Meinung sein, den Kauf zu suspendiren: er soll nur dann erst für geschlossen geachtet werden, wenn innerhalb einer gewissen Frist kein besseres Gebot erfolgt. Alsdann gehört der Fall gar nicht hieher. Aber es kann auch abgesehen sein auf eine Resolutivbedingung, und dann ist der Fall dieses Ortes: der Kauf soll schon jetzt als vollgültig angesehen werden; aber er soll aufgehoben sein, und als gar nicht geschlossen betrachtet werden, wenn Jemand innerhalb einer gewissen Frist ein besseres Gebot thut. Ich sage, wenn die Uebereinkunft

6) **L. 69. §. 1. D. d. legat. I. L. 105. D. d. condit. et dem. XXXV, 1.**

in dieser Art gefaßt ist, so gehört der Fall hieher. Nämlich: denken wir uns, der Kauf ist geschlossen, und der Verkäufer hat, in Gemäßheit dessen das Eigenthum der verkauften Sache auf den Käufer übertragen. Nun erfolgt späterhin ein besseres Gebot, welches der Verkäufer annimmt. Dann ist der Erfolg der, daß der Käufer **A. ipso jure** aufhört, Eigenthümer zu sein, und zwar nicht bloß für die Folge der Zeit, sondern in der Art, daß er angesehen wird, wie wenn er niemahls Eigenthümer gewesen wäre: die erfüllte Resolutivbedingung hat hier eine rückwirkende Kraft [7]).

Der zweite Fall kann vorkommen bei einem mit der **Lex commissoria** verbundenen Verkauf, d. h. bei einem Verkauf, dessen Erfolg abhängig gemacht ist von der, durch den Käufer, innerhalb einer bestimmten Frist zu beschaffenden Leistung des Kaufpreises. Auch hier kann die Absicht gerichtet sein auf Suspension des Kaufes: der Kauf soll für jetzt noch gar keine **Obligatio** erzeugen, sondern erst dadurch zur Perfection gelangen, daß der Käufer den Preis innerhalb der gesetzten Frist wirklich zahlt. Das ist nun aber nicht der Fall, welcher uns hier interessirt. Hierher gehört die **Lex commissoria** nur insoweit sie die Bedeutung einer Resolutivbedingung haben soll: der Kauf ist schon jetzt perfect — der Verkäufer überträgt das Eigenthum auf den Käufer — aber, wenn der Käufer den Kaufpreis innerhalb der gesetzten Frist nicht berichtiget, so soll der Kauf mit allen seinen Folgen als aufgehoben angesehen werden. Geht nun diese Resolutivbedingung in Erfüllung, so hört der Käufer **A. ipso jure** auf, Eigenthümer zu sein; und auch hier hat die Aufhebung des Kaufes eine rückwirkende Kraft [8]).

7) **L. 2. pr. L. 4. §. 3. D. d. in diem addict. XVIII, 2.** »Sed et Marcellus scribit: jure venditio et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod medio tempore emtor dominus est, alioquin nec pignus teneret.« **L. 41. pr. D. d. R. V. VI, 1.** »Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam addictio sit facta, uti in rem actione potest; postea non potest.«

8) **L. 1. L. 8. D. d. lege commissoria. XVIII, 3. L. 4. C. d. pact. int. emtor. etc. IV, 54.**

Nur diese beiden Fälle einer directen Beschränkung durch Resolutivbedingungen werden in unseren Quellen ausdrücklich angeführt. Aber nach der Analogie dieser Fälle läßt sich der allgemeine Grundsatz aufstellen: Ueberall, wo Eigenthum übertragen ist auf den Grund eines vorgängigen Consensualcontracts, und zwar eines solchen, der, nach der getroffenen Uebereinkunft, im Fall der Erfüllung einer gewissen Bedingung als gar nicht eingegangen betrachtet werden soll — da kehrt, **impleta conditione**, das Eigenthum zu dem ehemaligen Eigenthümer **ipso jure** zurück; es wird angesehen, als sei es unverändert dem vorigen Eigenthümer verblieben. So nach Römischem Rechte. Bei uns heutiges Tages werden nun aber alle Römischen Verträge als Consensualcontracte behandelt, und deshalb hat für uns der aufgestellte Grundsatz einen um Vieles erweiterten Umfang. Uebrigens werde ich auf diesen Gegenstand im §. 463. zurückkommen.

§. 221.

b. Ueber die Regel: Resoluto jure concedentis resolvitur jus accipientis.

Dieser Satz findet seine Anwendung in der Lehre von dem Verlust der **Jura in re**. Und zwar ist dabei auf zwei von einander verschiedene Hauptfälle Rücksicht zu nehmen:

1. auf den Fall, da der Eigenthümer einer Sache Jemanden ein **Jus** an derselben ertheilt hat — und
2. auf den Fall, da der Concedent selbst nichts weiter als ein **Jus in re** hatte.

Was den ersten Hauptfall anbetrifft, so ist im Allgemeinen der Grundsatz dieser: wenn einmal der Eigenthümer einer Sache Jemanden an dieser, auf eine an sich gültige Weise, ein **Jus** verliehen hat, so hört dieses **Jus** dadurch keinesweges auf, daß der Concedent in der Folge aufhört Eigenthümer zu sein; jeder nachfolgende Eigenthümer wird durch das auf der Sache lastende **Jus** in seinem Eigenthume eben so beschränkt, wie derjenige, der es zuerst verlieh. — Dieser allgemeine Grundsatz leidet nun aber eine Ausnahme, wenn nach gesetzlichen Bestimmungen, wegen eines später eingetretenen Ereignisses, das dem Con-

cedenten erworben gewesene Eigenthum, als nicht erworben angesehen wird. Und eben so leidet unser Grundsatz eine Ausnahme in den Fällen, wo mittelst willkürlicher Zeitbestimmungen oder Bedingungen das Eigenthum **ipso jure** aufgehoben wird. In solchen Fällen erlöschen gleichzeitig mit dem Eigenthum auch diejenigen **Jura in re**, welche ihren Grund in der Concession desjenigen haben, der nur ein solches vorübergehendes Eigenthum an der Sache hatte. Z. B. ich bin Erbe des **A.** Dieser aber hat eine einzelne zu seinem Nachlaß gehörige Sache dem **B.** unter einer Bedingung vermacht. Für jetzt ist die Bedingung noch nicht erfüllt — vor der Hand also bin ich Eigenthümer der Sache. Als solcher bin ich befugt, die Sache mit Servituten zu belasten. Angenommen nun: ich verleihe dem **C.** das Recht einer Servitut — und hinterdrein geht die Bedingung des Vermächtnisses in Erfüllung — so hört damit mein interimistisches Eigenthum auf; zugleich aber erlischt die Servitut, welche ich dem **C.** constituirt habe. Also: »**Resoluto jure concedentis** — der Concedent bin ich — **resolvitur jus accipientis**« — d. h. das Recht des **C.** — Auf eine ähnliche Weise verhält es sich in den übrigen Fällen, welche ich angedeutet habe [1]).

Ich komme nun zu dem zweiten Falle, da der Concedent selbst nichts weiter als ein **Jus in re** hatte.

Dieser Fall kann vorkommen bei der **Emphyteusis** und bei der **Superficies**: der **Emphyteuta**, obschon nicht Eigenthümer, kann an dem Grundstücke, welches den Gegenstand seines Rechts ausmacht, irgend einem Dritten eine Servitut constituiren. Dasselbe gilt von dem **Superficiarius** [2]). Wenn nun aber in der Folge die **Emphyteusis** oder die **Superficies** erlischt, so hört damit auch die von dem **Emphyteuta** oder von dem **Superficiarius** constituirte Servitut auf. Ich sage, wenn die **Emphy-**

1) Dies geht hervor aus **L. 11. §. 1. D. quemadmod. servit. amitt. VIII, 6.** »Heres cum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes. Exstinguentur, si legati dies existat. Videamus, an acquisitae sequantur legatarium. Et magis est, ut sequantur.« Vgl. **L. 105. D. d. cond. et dem. XXXV, 1.** — **L. 4. §. 3. D. d. in diem addict.** (s. d. vor. §. Not. 7.) Vergl. **L. 3. D. quib. mod. pign. XX, 6.**

2) **L. 1. pr. D. quib. mod. usus-fruct. VII, 4. L. 1. §. ult. D. d. superficieb. XLIII, 18.**

teusis oder Superficies erlischt, d. h. wenn sie ganz und gar aufhört. Von einem bloßen Uebergange auf andere Personen ist nicht die Rede. Ich werde hierauf in der Folge wiederholt zurückkommen.

Wir werden in der Folge gleichfalls sehen, daß von dem Emphyteuta und dem Superficiarius auch gesagt wird, sie könnten verpfänden, und sonach auch in dieser Art ein Jus in re constituiren. Allein dieser Fall gehört nicht hierher — aus dem Grunde, weil, wie sich ebenfalls in der Folge zeigen wird, der eigentliche Gegenstand einer solchen Verpfändung nicht die Sache ist, auf welche das Recht des Emphyteuta oder Superficiarius sich bezieht — sondern der wahre Gegenstand eines solchen Pfandrechts ist das emphyteutische oder superficiarische Recht selbst. Und daß hier nun das Pfandrecht aufhört, wenn die Emphyteusis oder die Superficies erlischt, das hat nicht in unserer gegenwärtigen Regel seinen Grund, sondern darin, daß das Pfandrecht natürlich aufhören muß, wenn der Gegenstand desselben zu existiren aufhört.

Zweites Buch.

Sachenrecht.

Zweites Kapitel.

Von dem Eigenthume.

§. 222.

I. Einleitung.

Zwei Gegenstände sind es, welche in dieser Einleitung berührt werden müssen:

1. Der Unterschied zwischen dem s. g. quiritarischen und dem s. g. bonitarischen Eigenthume — und

2. der Begriff des s. g. fingirten Eigenthums.

Der Unterschied zwischen quiritarischem und bonitarischem Eigenthum gilt, wie wir sehen werden, im Justinianischen Rechte nicht mehr; aber gar Manches, was im Justinianischen Rechte vorkommt, bleibt unverständlich, wenn man nicht wenigstens etwas von jenem Unterschiede weiß.

Ursprünglich kannte man in Rom nur Ein Eigenthum. Wer nicht Eigenthümer war nach quiritarischem Rechte, d. h. nach den eigenthümlichen Bestimmungen des Römischen Civilrechts — der galt überall gar nicht als Eigenthümer. Späterhin aber änderte sich dies. Man faßte die Vorstellung auf, eines von den Bestimmungen des quiritarischen Rechts unabhängigen, und nichts desto weniger wirksam gültigen Eigenthums. Seitdem

bildete sich folgender Sprachgebrauch. Wollte man andeuten, daß Jemand Eigenthümer sei nach aller Strenge quiritarischen Rechts, so sagte man: die Sache gehört ihm **ex jure Quiritium**; wenn man aber die Rücksicht auf das quiritarische Recht bei Seite setzte, und dennoch Jemand als Eigenthümer bezeichnen wollte, sagte man von ihm: er hat die Sache **in bonis**. Nun muß ich aber noch ganz besonders Folgendes hervorheben: Die Umstände konnten sehr wohl von der Art sein, daß Jemand als Eigenthümer anerkannt werden mußte, man mochte nun absehen von den besonderen Bestimmungen des quiritarischen Rechts, oder auf diese mit Rücksicht nehmen; dann sagte man von ihm: er hat die Sache **in bonis und ex jure Quiritium**. Also: beides konnte vereinigt sein. Aber es konnte auch getrennt sein von einander. Und da hieß es denn von demjenigen, der, obschon er eine Sache **in bonis** hatte, doch, **jure Quiritium**, nicht als Eigenthümer gelten konnte: er hat die Sache **tantum in bonis**. Dagegen bezeichnete man das Eigenthum desjenigen, der nur eben nach quiritarischem Rechte Eigenthümer war, mit dem Ausdruck: **nudum jus Quiritium**. Dabei geschah es denn nicht selten, daß in Beziehung auf eine und dieselbe Sache von dem A. gesagt werden mußte, er ist Eigenthümer, aber er hat die Sache **tautum in bonis** — während man von dem B. sagen mußte: er hat an der Sache das **nudum jus Quiritium**. — Zu dem bisher bezeichneten Römischen Sprachgebrauch verhält der Sprachgebrauch der Neueren sich so: das Recht desjenigen, welcher **ex jure Quiritium** als Eigenthümer anzusehen war, bezeichnen sie durch quiritarisches Eigenthum, wogegen der Ausdruck bonitarisches Eigenthum sich auf das **in bonis habere** bezieht.

Das Bisherige bezog sich auf den Begriff dieses Unterschiedes und den sich darauf beziehenden Sprachgebrauch. Nun muß ich aber auch noch ein paar Worte sagen über die praktische Bedeutung des ganzen Unterschiedes:

1. Quiritarisches und bonitarisches Eigenthnm unterscheiden sich ihren Wirkungen nach; dies weiter auszuführen liegt außer dem Zweck der gegenwärtigen Darstellung. Nur so viel will ich

bemerken: im Allgemeinen war das quiritarische Eigenthum von vollständigerer Wirkung, als das bloß bonitarische; wenn indessen der Eine eine Sache bloß in bonis hatte, während einem Andern das nudum jus Quiritium an der Sache zustand, so war, im Ganzen genommen, das Recht des Ersteren wirksamer, als das Recht des Zweiten.

2. Quiritarisches und bonitarisches Eigenthum unterscheidet sich auch in Hinsicht der Subjecte. Peregrinen waren des quiritarischen Eigenthums unfähig.

3. Ein dritter Unterschied zeigte sich in den Objecten. Grundstücke konnten nur dann im quiritarischen Privateigenthum sein, wenn sie Italische Grundstücke waren. Dagegen an Provinzialgrundstücken konnte kein Privatus quiritarisches Eigenthum haben.

4. Endlich war auch ein Unterschied in der Art und Weise des Erwerbes. Es gab Erwerbsarten, die geeignet waren für beide Arten des Eigenthums, aber auch solche, die nur für quiritarisches Eigenthum berechnet waren, oder die umgekehrt nur bonitarisches Eigenthum gewährten.

Für unsern Zweck mag das Gesagte genügen [1]). Im Justinianischen Recht ist das Eigenthum durchweg von einerlei Wirkung; Nicht-Römer sind desselben in eben der Art fähig, wie Römer; zwischen Italischen und Provinzialgrundstücken wird kein Unterschied weiter gemacht [2]); eben so wenig unter den Erwerbsarten — ja Justinian hat den ganzen Unterschied zwischen quiritarischem und bonitarischem Eigenthume sogar ausdrücklich aufgehoben [3]).

Ich komme nunmehr zu dem zweiten, nämlich zu dem s. g. fingirten Eigenthum. Der Begriff desselben steht im genauesten Zusammenhange mit der Usucapion. Diese ist bekanntlich eine auf fortgesetztem Besitz beruhende Erwerbart des Eigenthums, und zwar war nach älterem Rechte das so erworbene

1) Die Hauptstellen über diesen Unterschied sind: Gaj. I, §. 54. Idem. II, §. §. 40. 41. Ulp. I, §. 16. Theoph. I, 5, §. 4.

2) L. un. C. de usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi. VII, 31. §. 40. I. d. rer. divis. II, 1. pr. I. d. usucap. et long. temp. poss. II, 6.

3) L. un. C. VII, 25. De nudo jure Quiritium tollendo.

Eigenthum jederzeit quiritarisches Eigenthum. Der Prätor behandelte nun aber unter gewissen Voraussetzungen und in gewissen Beziehungen, denjenigen, der nur erst im Begriffe war, durch das Medium der Usucapion quiritarisches Eigenthum zu erwerben, gleich, als hätte er die Usucapion bereits vollendet; er fingirte also ein Eigenthum, was in der That noch nicht vorhanden war — und zu Geltendmachung desselben gab er eine eigene Klage, die **Publiciana in rem actio.**

Diese Fiction nun finden wir vor auch noch im Justinianischen Recht. Der Unterschied zeigt sich nur darin: nach Justinianischem Rechte bezieht sich die Wirkung der Usucapion nicht mehr auf den Begriff des quiritarischen Eigenthums, und daher fällt denn diese Beziehung auch bei unserer Fiction weg; wir haben dabei nur an Eigenthum überhaupt zu denken.

Die Neueren bezeichnen das erwähnte Analogon des Eigenthums häufig mit dem Ausdrucke, dessen ich mich schon bedient habe, nämlich mit dem Ausdrucke fingirtes Eigenthum; häufiger aber sagen sie prätorisches Eigenthum, auch wohl provisorisches Eigenthum.

Es wird davon in einem eigenen Abschnitte dieses Kapitels, nämlich in dem vierten und letzten, ausführlich gehandelt werden. Bis dahin aber wird, einzelne beiläufige Erwähnungen abgerechnet, immer nur von dem wahren, wirklichen Eigenthume die Rede sein.

III. Rechtliche Natur des Eigenthums.

§. 223.

A. Begriff.

Wenn wir uns das Eigenthum in seiner ganzen Fülle denken, so müssen wir sagen: es besteht in dem Rechte, eine Sache, nämlich eine körperliche Sache, nach Willkür und ausschließlich zu behandeln. Nicht immer aber ist das Eigenthum in seiner ganzen Fülle vorhanden. Häufig ist es gewissen Beschränkungen unterworfen, vermöge deren dem Eigenthümer nicht jede Behandlung der Sache frei steht, oder vermöge deren

die Behandlung der Sache ihm nicht schlechterdings allein zukommt. Das Nähere hierüber wird in den §. §. 224. 226. 227. vorgetragen werden. Immer aber streitet die Vermuthung für das unbeschränkte Recht des Eigenthümers; für jede Beschränkung, welche behauptet wird, müssen besondere Gründe nachgewiesen werden können.

Was den Sprachgebrauch betrifft, so sagt man im Deutschen: Eigenthumsrecht, Eigenthum, ohne daß das Wort „Recht" hinzugefügt wird. —

Die Römer bedienen sich des Ausdrucks »**Dominium.**« In der weiteren Bedeutung wird **Dominium** zuweilen gebraucht für Recht überhaupt; insbesondere, wo von dinglichen Rechten die Rede ist [1]). Auch wird das gesammte Vermögen eines Verstorbenen, also der Inbegriff seiner Vermögensverhältnisse **universum dominium** genannt [2]). In der engeren, gewöhnlicheren Bedeutung heißt es so viel als: Eigenthumsrecht. — Demgemäß bezeichnet **Dominus** in der weiteren Bedeutung jedes Subject eines Rechts; so »**Proprietatis dominus**« [3]); so wird der Inhaber einer Servitut **Dominus** genannt [4]). Ferner **Hereditatis Dominus** für **Heres** [5]). Aber auch das Subject eines Rechtsstreits wird so genannt: **Dominus litis** [6]). Desgleichen das Subject irgend eines anderweitigen Geschäftes: **Dominus negotiorum** [7]). Die engere, gewöhnlichere Bedeutung ist: Eigenthümer. Bei einem Sclaven ist der Eigenthümer zugleich Herr.

Eine andere Bezeichnung ist »**Proprietas.**« **Proprietas** ist Eigenthum. Der Ausdruck wird insbesondere da gebraucht, wo Eigenthum und Besitz einander entgegengesetzt wird [8]). Desgleichen wo das Eigenthum entgegengesetzt werden soll dem Usus-

1) So in **L. 17. D.** quib. mod. ususfr. amitt. **VII, 4.**: **Dominium proprietatis.** in **L. 3. D.** si ususfr. petatur etc. **VII, 6.**: **Dominium** ususfructus.

2) **L. 70. §. 1. D. d. V. S.**

3) **L. 15. §. 6. D.** d. usufr. **VII, 1.**

4) **L. 8. pr. D.** d. reb. auctoritate judic. etc. **XLII, 5.**: »..... appellatione domini fructuarius quoque continetur.«

5) **L. 48. pr. D.** d. hered. inst. **XXVIII, 5.**

6) **L. 31. pr. D.** d. procuratorib. **III, 3.**

7) §. 1. I. d. obl. quasi ex contr. **III, 27.** (28.).

8) **L. 1. §. 2. D.** uti possidetis. **XLIII, 17.**

fructus [9]). Da sind nun aber noch besonders zu merken die Ausdrücke »**Nuda proprietas**«, Eigenthum, ohne Ususfructus [10]); **plena, solida proprietas**, Eigenthum mit Inbegriff des Ususfructus [11]). Für **nuda proprietas** steht häufig auch **Proprietas** schlechthin.

B. Nähere Bestimmung der im Eigenthum enthaltenen Befugnisse. (§. §. 224—227.)

§. 224.

a. Ueberhaupt.

In Gemäßheit der gegebenen Definition des Eigenthumes können wir sagen: das Eigenthumsrecht hat einen positiven und einen negativen Bestandtheil. In der ersten Rücksicht kann der Eigenthümer nach Gefallen einwirken auf die Sache; Gebrauch, Fruchtbenutzung, Veränderung der Substanz, Vernichtung derselben stehen ihm frei. In der anderen Hinsicht kann er verlangen, daß jeder Andere sich aller Einwirkung gänzlich enthalte; auch einer solchen, die für ihn, den Eigenthümer, ohne allen Nachtheil sein würde, ja, selbst einer solchen, die ihm Vortheil gewähren könnte.

Aus beiden zusammengenommen folgt das **Jus possidendi**, das Recht auf den Besitz, nicht zu verwechseln mit dem **Jus possessionis**: denn das ist Folge des Besitzes.

Dies die richtige Ansicht.

Die ehemals gewöhnliche Ansicht, der indessen auch jetzt noch Viele anhängen, war diese:

Im Eigenthume sind enthalten

1. **Jus utendi fruendi**, darin Gebrauch, Fruchtbenutzung — **Ususfructus causalis** im Gegensatz des vom Eigenthum gesonderten **Ususfructus**, des **Ususfructus formalis**.

Hieher rechnet Glück [1]) auch das **Jus possidendi**.

2. **Proprietas**. Diese besteht wieder

9) cit. L. 17. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII, 4.

10) L. 2. pr. D. eod.

11) cit. L. 2. pr.: Plena proprietas. L. 26. pr. D. d. usu et usufr. etc. XXXIII, 2.: Solida proprietas.

1) Commentar, Th. VIII. S. 40.

a. aus dem Rechte, über die Substanz der Sache zu verfügen;
b. aus dem Rechte der Veräußerung;
c. rechnet Glück [2]) hierher auch das Vindicationsrecht.

Die Fehler dieser Ansicht sind folgende:

1. der negative Bestandtheil des Eigenthums ist dabei ganz vergessen.

2. Die einzelnen Befugnisse, in welchen das Positive des Eigenthums sich äußert, werden ohne Noth von einander getrennt.

3. Das Recht der Veräußerung ist durchaus nicht ein solches, wodurch der Inhalt des Eigenthums bestimmt wird. Sondern es ist das etwas von Außen Hinzukommendes. Bei allen und jeden Rechten läßt sich die Frage aufwerfen, ob der Inhaber sie auf Andere übertragen könne. So also auch bei dem Eigenthume. Hinsichtlich dieses letzteren nun ist die Frage allerdings mit Ja zu beantworten. Gesetzt aber auch, die Antwort müßte verneinend ausfallen, so würde das doch ohne allen Einfluß sein auf den Umfang und die Beschaffenheit der dem Eigenthümer in Betreff der Sache selbst zustehenden Befugnisse.

4. Wunderlich ist es, das **Jus possidendi** als einen Theil des Benutzungsrechts grade zu betrachten — gleich als ob Verfügung über die Substanz der Sache auch ohne die Voraussetzung des Besitzes realisirt werden könnte.

5. Das Vindicationsrecht, also das Recht der Klage gegen jeden, der unsre Sache uns vorenthält, gehört wieder nicht in den Kreis derjenigen Befugnisse, welche den Inhalt des Eigenthums ausmachen. Sondern, wenn man sagt, der Eigenthümer hat das Recht der Vindication, so heißt dies weiter nichts, als: das Eigenthum ist ein im positiven Rechte anerkanntes und zwar vollständig anerkanntes Recht, und eben deshalb hat der Eigenthümer die **Rei vindicatio.** Also auch hier haben wir es mit der äußeren Beziehung zu thun — die wieder nichts dem Eigenthum Eigenthümliches ist. Denn bei allen Rechten werden wir dieselbe Frage aufzuwerfen haben, ob sie vollständig anerkannt und demnach klagbar sind, oder nicht.

2) Commentar, Th. VIII. S. 45.

Uebrigens sind wir bei allem Bisherigen stillschweigend von der Voraussetzung ausgegangen eines in seiner ganzen Fülle vorhandenen Eigenthums. Aber es ist schon früher erwähnt worden, daß das Eigenthum auch gewissen Beschränkungen unterworfen sein kann. Dieser Beschränkungen gibt es zwei Hauptarten. Nämlich:

1. Es kann irgend einem Andern ein eigenes dingliches Recht an der Sache zustehen, ein Jus in re — wodurch das Eigenthum entweder seinem positiven oder seinem negativen Bestandtheile nach beschränkt wird, oder auch wohl in beiderlei Beziehung zugleich.

2. Gibt es nun aber auch gewisse gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums — vermöge deren der Eigenthümer entweder eine gewisse Behandlung der Sache unterlassen, oder es dulden muß, daß die Sache von einem Andern auf eine gewisse Weise behandelt werde.

Jene zuerst erwähnten Beschränkungen des Eigenthums, welche in eigenen dinglichen Rechten bestehen, können im Allgemeinen eben sowohl bei beweglichen als bei unbeweglichen Sachen vorkommen. Wir werden sie kennen lernen in den folgenden Kapiteln dieses Buches.

Was aber die gesetzlichen Beschränkungen anbetrifft — so findet sich nur Eine, welche bei beweglichen Sachen vorkommt. Diese bezieht sich auf Baumaterialien, die zu fremden Gebäuden verwandt sind. Es ist eine Beschränkung, die nicht einzelne im Eigenthum enthaltene Befugnisse betrifft, sondern vielmehr den Eigenthümer der Baumaterialien so lange, als das Gebäude steht, überhaupt hindert, sein Eigenthumsrecht geltend zu machen. Davon §. 271. Bei Grundstücken dagegen kommen mehre, die einzelnen Befugnisse betreffende Beschränkungen vor.

b. Bei Grundstücken insbesondere.

§. 225.

α. Rechte des Eigenthümers.

Zunächst bezieht sich das Eigenthum an einem Grundstücke

auf die Oberfläche des Bodens; aber es ist doch darauf nicht beschränkt, sondern es erstreckt sich

1. auch auf dasjenige, was unter der Oberfläche befindlich ist. Daher ist der Eigenthümer befugt, Steinbrüche anzulegen, Kalk zu graben, Torf zu stechen u. s. w. Ja nach Römischem Rechte steht es dem Eigenthümer frei, auf seinem Grund und Boden auch eigentlichen künstlichen Bergbau zu treiben [1]). Nach deutschem Rechte ist der Bergbau in manchen Beziehungen ein Regal; und daher kann bei uns nicht Jeder, nach Willkür, auf seinem Grund und Boden Bergwerke anlegen. Das Nähere hierüber gehört in das deutsche Privatrecht [2]). — Also das Recht des Grundeigenthums erstreckt sich mit auf dasjenige, was unter der Erde ist. Inwieweit dies auch von Schätzen gelte, die etwa in dem Grund und Boden verborgen sein mögen, das werden wir in der Folge sehen, im §. 276.

2. Das Eigenthumsrecht an dem Grund und Boden äußert sich auch in Beziehung auf den darüber befindlichen Luftraum. Daher bin ich in der Regel befugt, auf meinem Boden, nach Gutdünken, Gebäude aufzuführen, oder schon vorhandene zu erhöhen, wenngleich dies dem Nachbar zum Nachtheil gereichen mag [3]). Diese Regel kann nun aber freilich da keine Anwendung finden, wo dem Nachbar eine besondere Servitut zusteht, vermöge deren er berechtigt ist, mir das Bauen zu untersagen, oder wo besondere gesetzliche Beschränkungen eintreten [4]). Eben so ist der Nachbar ohne eine besondere Servitut, der Regel nach, nicht berechtiget, irgend etwas von seinem Grundstücke in meinen Luftraum hineinragen zu lassen; eine Modification dieser Regel werden wir kennen lernen im §. 227.

3. Noch verdienen ganz besonders berücksichtiget zu werden die Befugnisse des Eigenthümers hinsichtlich des Wassers. Ich

1) L. 13. §. 1. D. communia praedior. VIII, 4. L. 8. pr. D. soluto matrimonio quemadm. etc. XXIV, 3.

2) Siehe Eichhorn, Einleit. in das deutsche Privatr. §. 273. folg.

3) L. 9. D. d. S. P. U. VIII, 2. L. 26. D. d. damno inf. XXXIX, 2. L. 8. L. 9. C. d. servitutib. III, 34.

4) Von solchen auf die eine oder auf die andere Weise besonders begründeten Beschränkungen ist zu verstehen: L. 11. pr. D. d. S. P. U. VIII, 2. verglichen mit L. 1. C. d. servitut. III, 34.

bin befugt, mich der Quellen zu bedienen, welche auf meinem Grund und Boden entspringen; namentlich also befugt, Brunnen zu graben, selbst wenn ich dadurch dem benachbarten Grundstücke Wasser entziehe [5]). Ueberhaupt aber ist es Grundsatz: das Wasser auf meinem Grundstücke, inwieweit es nicht etwa den Charakter eines öffentlichen Gewässers an sich trägt, gebührt mir, deshalb bin ich denn auch in der Regel berechtiget, Anstalten zu treffen, wodurch ich mich des Wassers versichere, es geschehe dies nun mittelst Hinderung des Abflusses [6]). oder mittelst Förderung des Zuflusses [7]). Eine Modification des hier Gesagten werden wir kennen lernen in dem folgenden Paragraphen.

β. Gesetzliche Beschränkungen.

§. 226.

a. Des Rechtes eigener Behandlung.

1. Der Eigenthümer darf, wenn in seinen Boden der Baum des Nachbars Wurzeln treibt, diese nicht ohne Weiteres abstechen; sondern er muß, wenn sie ihm lästig sind und er sich mit dem Nachbar in Güte nicht einigen kann, gegen diesen Klage erheben [1]). Die **L. 1. C. d. interd. VII, 1.** gestattet in einem solchen Fall ein Verfahren nach der Analogie des s. g. **Interdict. de arboribus caedendis.** Vergl. §. 227. Nr. 2.

2. In der Regel darf Niemand auf seinem Grund und Boden Veranstaltungen treffen, wodurch der Lauf des Regenwassers auf eine für den Acker des Nachbars nachtheilige Weise verändert wird. Wer diesem zuwider handelt, kann mittelst der aus den **XII** Tafeln [2]) stammenden **Aquae pluviae arcendae actio** vom Nachbar angehalten werden, den früheren Zustand herzustellen. S. §. §. 620. 621.

3. Aus der **L. ult. D. finium regundor. X, 1.** geht her-

5) **L. 24. §. ult. D. d. damno inf. XXXIX, 2. L. 1. §. 12. D. d. aqua et aq. pluv. XXXIX, 3.**

6) **L. 1. §. §. 11. 21. D. eod. L. 10. C. d. servitut. III, 34.**

7) **cit. L. 26. D. d. damno inf. XXXIX, 2. cit. L. 1. §. 11. D. d. aqua et aq. pluv. XXXIX, 3.**

1) **L. 6. §. 2. D. arborum furtim caesarum. XLVII, 7.**

2) Siehe **L. 21. pr. D. d. statu liber. XL, 7.**

vor, daß die XII Tafeln eine Bestimmung enthielten, der zu Folge man sich mit der Anlage von Verzäunungen, Mauern, Gruben, Baumpflanzungen u. s. w. in einer bestimmten Entfernung von der Grenze halten sollte; das Genauere ist indessen unbekannt. Heutiges Tages findet man Bestimmungen dieser Art in Particularrechten.

4. Man soll auf seinem Grundstücke nichts vornehmen, wodurch der Dreschtenne des Nachbars der zur Reinigung des Getreides erforderliche Luftzug geraubt wird [3]).

5. Eben so soll man auf seinem Grund und Boden jede Veranstaltung unterlassen, welche das Gebäude des Nachbars in Gefahr setzt. Dahin gehört z. B. die Anlage einer Mistgrube hart an der Wand des Nachbars [4]).

6. Von den auf den Platz und die Einrichtung städtischer Gebäude Bezug habenden gesetzlichen Beschränkungen der Willkür ist die Vorschrift der XII Tafeln, daß jedes Gebäude von der Grenze mindestens drittehalb Fuß entfernt sein solle, in das Justinianische Recht nicht übergegangen. Dagegen finden sich in dem Codex Constitutionen, denen zu Folge man nur dann, wenn man von dem Gebäude des Nachbars in einer gewissen Entfernung bleibt, nach Willkür bauen darf; während man außerdem nicht nur Rücksicht darauf nehmen muß, dem Nachbar weder Licht noch Aussicht zu entziehen, sondern auch nach dessen Gebäude hin in der Anlage der Fenster beschränkt ist [5]). Ist das benachbarte Gebäude ein öffentliches, so soll man innerhalb einer Entfernung von funfzehn Fuß gar nicht bauen dürfen [6]). Heutiges Tages sind diese Römischen Bestimmungen unpraktisch. Wohl aber gibt es an manchen Orten ein eigenthümliches Fenster- oder Lichtrecht, welches die Anlage von Fenstern, die nach des Nachbars Räumen gehen, nur unter bestimmten Voraussetzungen gestattet, zugleich aber da, wo diese vorhanden sind, dem Nachbar das Verbauen untersagt [7]).

3) L. ult. §. 1. C. d. servitutib. III, 34.

4) L. 17. §. 2. D. si servit. vindic. VIII, 5. L. 24. §. ult. D. d. damno inf. XXXIX, 2.

5) L. 12. (eine Lex restituta) L. 13. C. d. aedificiis privatis. VIII, 10.

6) Nach L. 9. u. L. 11. C. eod.

7) Siehe Eichhorn, Einleit. in das deutsche Privatr. §. 183.

7. Die lediglich auf dem öffentlichen Interesse beruhenden Verbote des Römischen Rechts, gewisse an Wohngebäuden angebrachte Verzierungen von diesen zu trennen, oder gar Wohnhäuser niederzureißen, bloß um aus dem Verkauf des Materials Vortheil zu ziehen [8]), haben bei uns keine Geltung mehr; häufig aber enthalten Particularrechte ähnliche einheimische Vorschriften.

8. Von religiöser Beziehung ist die Bestimmung, daß derjenige, auf dessen Grund und Boden ein Andrer unbefugter Weise einen Todten beerdigt hat, sich der **Injuriarum actio** aussetzt, wenn er, ohne höhere Erlaubniß, den Todten ausgräbt [9]). Indessen steht ihm gegen denjenigen, welcher den Todten beigesetzt hat, eine **In factum actio** zu Gebote. S. §. 623.

§. 227.

b. Des Rechtes, Andere auszuschließen.

1. Wenn sich auf meinem Grund und Boden ohne mein Zuthun etwas ereignet, was den Lauf des Regenwassers auf eine für den Acker meines Nachbars nachtheilige Weise verändert; so kann der Nachbar verlangen, daß ich ihm gestatte, auf meinem Grundstücke dasjenige vorzunehmen, was zur Wiederherstellung des früheren Zustandes erforderlich ist. Vgl. §. 226. Nr. 2. und §. §. 620. 621.

2. In Betreff überragender Bäume finden sich im Römischen Recht folgende Bestimmungen: Schadet ein mir gehöriger Baum durch Ueberragen dem Gebäude oder dem Acker des Nachbars, so kann dieser verlangen im ersten Fall, daß ich den ganzen Baum, im zweiten, daß ich die innerhalb der ersten funfzehn Fuß von der Erde überhangenden Aeste wegnehme; liegt es an mir, daß dieser Anforderung nicht genügt wird, so darf der Nachbar selbst den Baum oder die Aeste wegnehmen und das Holz für sich behalten; widersetze ich mich dem, so steht ihm ein eigenes prohibitorisches Interdict zu Gebote, welches man, nach der Ueberschrift

8) S. L. 52. D. d. C. E. XVIII, VIII, 10.
1. L. ult. D. d. damno inf. XXXIX, 9) L. 8. pr. D. d. religios. XI, 7.
2. L. 2. L. 6. C. d. aedif. priv.

des Pandektentitels **XLIII, 27., de arboribus caedendis** zu nennen pflegt [1]). Von selbst leuchtet ein, daß durch diese Bestimmungen in beiden Fällen das Eigenthum an dem überragenden Baume beschränkt wird; aber da im zweiten Fall der Eigenthümer des benachbarten Ackers nur die Wegnahme der untern Aeste fordern kann, so folgt, daß auch sein Eigenthumsrecht einer Beschränkung unterliegt, indem er es dulden muß, daß die höher als funfzehn Fuß sitzenden Aeste in seinen Luftraum hineinragen. Allerdings ist man darüber, was es mit den mehrerwähnten funfzehn Fuß, die schon in den **XII** Tafeln [2]) vorkamen, eigentlich für eine Bewandtniß habe, nicht Einer Meinung. Die herrschende Vorstellung ist eben die, daß die ersten funfzehn Fuß von der Erde gemeint sind, und die innerhalb dieser überhangenden Aeste weggenommen werden sollen [3]). Dagegen nimmt Hugo [4]) an, es könne von dem Eigenthümer des Baumes verlangt werden, „daß er außer den wirklich Ueberhängenden alle über funfzehn Fuß hohen Aeste beschneide.“ Dann wäre bloß der Herr des Baumes in seinem Eigenthumsrechte beschränkt. Heutiges Tages ist an vielen Orten dem Grundeigenthümer die Wegnahme der überhangenden Zweige benachbarter Bäume ohne alle Einschränkung verstattet [5]).

3. Wenn Baumfrüchte von des Nachbars Grundstück auf das meinige fallen, so muß ich, nach Vorschrift der **XII** Tafeln [6]), es dulden, daß der Nachbar mein Grundstück betrete, um jene Früchte einzusammeln. Jedoch brauche ich mir dies, wenigstens nach dem prätorischen Edicte, nicht jeden Augenblick gefallen zu lassen, sondern nur je am dritten Tage, »**tertio quoque die**« [7]). Verweigere ich da dem Nachbar die Einsammlung der Früchte, so hat er gegen mich ein eignes prohibitorisches Interdict, welches, nach der Ueberschrift des Pandektentitels **XLIII, 28., de**

1) **L. 1. D. Tit. cit.**
2) **S. cit. L. 1. §. 8. D. d. arborib. caed.**
3) S. u. A. Dirksen in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. Bd. **2.** S. **405. 406. 424.** folg.
4) Rechtsgesch. **11te** Aufl. S. **204.**
5) S. Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatr. §. **276.** Eichhorn, Einleit. in das deutsche Privatr. §. **173.**
6) Siehe **Plinii Histor. natur. Lib. 16. cap. 5.**
7) S. Thibaut, Civilist. Abhandl. S. **2.** folg.

glande legenda genannt zu werden pflegt [8]). Heutiges Tages gilt meist der Grundsatz, daß Jeder das Recht hat, sich die Früchte zuzueignen, die auf seinen Grund und Boden hinüber hangen oder fallen [9]).

4. Weicht des Nachbars Wand nach meinem Gebäude hin aus, so kann ich gegen ihn nur unter der Voraussetzung klagen, daß die Ausweichung einen halben Fuß oder darüber beträgt [10]): also, eine geringere Ausweichung muß ich dulden.

5. Aus einigen Stellen [11]) geht hervor, daß wenigstens in manchen Gegenden des Römischen Reiches ein Gebrauch galt, dem zu Folge der Grundeigenthümer es sich mußte gefallen lassen, daß gegen eine Abgabe an ihn, und soweit es ohne seinen Schaden geschehen konnte, Andere in dem Bereiche seines Grund und Bodens Steine brächen, oder auch wohl eigentlichen Bergbau trieben. Die heutigen Grundsätze über diesen Gegenstand gehören in das Deutsche Privatrecht [12]).

6. Gelegentlich muß der Grundeigenthümer über sein Grundstück einen Weg gestatten. Nicht nur, daß er nöthigen Falls den zu einem öffentlichen Wege erforderlichen Grund und Boden herzugeben verbunden ist [13]); sondern es gehört hierher auch dieses: Wer ein Grabmahl hat, und dazu nicht anders, als über das Grundstück eines Andern gelangen kann, darf, wenn dieser ihm den Uebergang verwehrt, auf Bestellung einer Fußpfadsgerechtigkeit klagen; gegen Entschädigung muß der Andere sich dazu verstehen [14]). Diese ganz singuläre Bestimmung hat die Praxis zu folgendem, höchst bedenklichen, auf Servituten überhaupt Bezug habenden Grundsatze erweitert: Wenn dem Eigenthümer eines Grundstückes, ohne eine gewisse Servitut an einem andern Grundstücke, sein Eigenthumsrecht unnütz sein würde; so ist, auf seinen Antrag, der Richter befugt, das andere Grundstück, gegen

8) L. un. D. tit. cit.

9) S. Runde und Eichhorn a. a. O.

10) L. 17. pr. D. si servit. vindicet. VIII, 5.

11) S. L. 13. §. 1. D. commun. praedior. VIII, 4. L. 3. L. 6. C. d. metallariis et metallis etc. XI, 6.

12) S. Eichhorn §. 273. folg.

13) L. 14. §. 1. D. quemadmod. servitus. VII, 6. »Cum via publica vel fluminis impetu, vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet.«

14) L. 12. pr. D. d. religios. XI, 7.

eine angemessene Entschädigung des Eigenthümers, mit jener Servitut zu beschweren [15]).

C. Veräußerlichkeit des Eigenthums. (§. §. 228. 229.)

† **INST. II, 8. Quibus alienare licet vel non. — COD. IV, 51. De rebus alienis non alienandis, et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca. IV, 52. De communium rerum alienatione. IV, 53. Rem alienam gerentibus non interdici rerum suarum alienatione.**

§. 228.

a. Allgemeine Grundsätze.

Der Römische Ausdruck »**Alienatio**« bezeichnet in seiner weitesten Bedeutung jedes Thun oder Unterlassen, wodurch Jemand ein zu seinem Vermögen bereits gehöriges Recht aufgibt: Entäußerung. — Daß auch das bloße Unterlassen unter diesen Begriff gehört, lehrt eine Stelle der Pandekten [1]), in welcher gesagt wird: wenn ich es zulasse, daß meine Sache von einem Andern usucapirt wird, oder, wenn ich eine Servitut dadurch verliere, daß ich sie auszuüben unterlasse — so gehört das mit unter den Begriff der Alienation. Aus derselben Stelle sehen wir nun aber ferner, daß es keine Alienation ist, wenn man nichts, was man bereits hat, aufgibt, sondern nur einen Gewinn, den man machen könnte, von der Hand weis't, wie wenn man eine Erbschaft ausschlägt. Im Uebrigen kommt es auf die Art des Rechts nicht an; namentlich ist auch das eine Alienation, wenn man eine Forderung aufgibt; selbst in der Annahme einer Zahlung liegt insofern eine Alienation, als man dadurch die Forderung verliert, auf welche die Zahlung sich bezieht.

In einer engeren Bedeutung versteht man unter **Alienatio** die Uebertragung eines uns zuständigen Rechtes auf einen Andern — also dasjenige, was wir im Deutschen Veräußerung nennen. Diese kann sich auf das Recht im Ganzen beziehen, so wie auch auf einzelne in demselben enthaltene Befugnisse

15) S. Glück, IX. S. 101 folg. 1) L. 28. pr. D. d. V. S.

beschränkt sein. Daher ist es denn auch eine Veräußerung, wenn etwa der Eigenthümer einer Sache einem Andern an dieser eine Servitut verleiht, oder ein Pfandrecht bestellt u. s. w.

In der engsten Bedeutung versteht man unter **Alienatio** insbesondere gerade die Uebertragung des Eigenthums [2]). Hier nun ist es zunächst diese engste Bedeutung, in der wir den Ausdruck nehmen.

Was die Befugniß zu veräußern betrifft, so ist die Regel: der Eigenthümer hat das Recht der Veräußerung; aber auch nur er [3]). Der Eigenthümer hat das Recht der Veräußerung selbst dann, wenn er etwa wegen der Verwaltung fremder Angelegenheiten einem Dritten verantwortlich ist [4]).

Nur der Eigenthümer hat das Recht der Veräußerung. Dies bringt schon der Begriff der Veräußerung mit sich. Wenn daher der Nichteigenthümer veräußert, so wird dadurch demjenigen, an welchen er veräußert, das Eigenthumsrecht nicht erworben, und dem Eigenthümer selbst wird es nicht entzogen [5]). — Uebrigens: wenn man sagt, nur der Eigenthümer kann auf eine rechtsgültige Weise veräußern, so ist damit natürlich die Zulässigkeit der Stellvertretung nicht ausgeschlossen; was der Stellvertreter thut, ist so gut, wie wenn es der Eigenthümer selbst thäte, sobald nur das Verhältniß der Stellvertretung gehörig begründet ist. Daher macht denn auch das dem Pfandgläubiger zustehende Veräußerungsrecht von unserer Regel nur eine scheinbare Ausnahme; denn der Pfandgläubiger veräußert als Stellvertreter [6]).

Dagegen ist das allerdings gegen die Regel, daß, wenn der Fiscus eine fremde Sache veräußert, derjenige, an welchen er veräußert, in der That Eigenthümer wird, während der bisherige Eigenthümer aufhört Eigenthümer zu sein. Das Nähere hierüber wird in der Folge vorkommen im §. 268.

Hinsichtlich der Wirkung der Veräußerung gilt Folgendes:

2) **L. 1. C. d. fundo dotal. V, 23.**

3) Auf diese Regel weis't indirect hin **pr. I. h. t.**

4) **L. un. C. rem alienam gerentibus non interdici rerum suarum alienatione. IV, 53.**

5) Hieher gehören **Tituli Cod. IV, 51. et IV, 52.** S. oben.

6) **§. 1. I. h. t.**

So weit unser eigenes Recht reicht, mögen wir es einem Andern überlassen. Mehr Recht aber, als wir selber haben, können wir nicht übertragen [7]). Daher geht denn im Fall der Veräußerung das Eigenthum auf den neuen Erwerber ganz in derselben Art über, in welcher es dem bisherigen Eigenthümer zustand [8]). Hieraus folgt: wer selbst nur ein widerrufliches und auf Zeit beschränktes Eigenthumsrecht hat — kann dieses nicht auf eine unwiderrufliche und dauernde Weise auf einen Andern übertragen. Und ferner: wenn das Eigenthum an einer Sache durch irgend ein anderes dingliches Recht beschränkt ist — so kann es auch nur mit der hierin liegenden Beschränkung veräußert werden. Die an der Sache haftende Servitut, das darauf haftende Pfandrecht wird durch die Veräußerung des Eigenthums nicht aufgehoben: wo dies geschieht, da ist der Fall einer Ausnahme vorhanden.

§. 229.

b. Ueber Veräußerungsverbote insbesondere.

Die Veräußerung einer Sache kann durch das Gesetz untersagt werden, oder von der Obrigkeit, oder in einem Testamente; ja es gibt auch Veräußerungsverbote, die man vertragsmäßige nennt. Von jeder dieser verschiedenen Arten von Veräußerungsverboten wird besonders zu sprechen sein. Aber eine allen Arten gemeinsame Bestimmung ist diese: Wenn die Veräußerung einer Sache untersagt ist, ohne nähere Bezeichnung der Art dieser Veräußerung, so ist für untersagt zu achten nicht etwa nur die Uebertragung des Eigenthums, sondern auch die Verleihung solcher dinglichen Rechte, wodurch das Eigenthum beschränkt wird, also die Verleihung von Servituten, von Pfandrechten u. s. w. [1]).

Jetzt will ich die einzelnen Arten der Veräußerungsverbote der Reihe nach durchgehen.

7) L. 54. D. d. R. J. »Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse haberet.«

8) L. 20. §. 1. D. d. A. R. D. XLI, 1.: »Quotiens autem dominium transfertur, ad eum, qui accipit, tale transfertur, quale fuit apud eum, qui tradit.....«

1) L. ult. C. d. reb. alien. non alienand. IV, 51. L. 3. §. 5. D. d. reb. eor., qui sub tutela etc. XXVII, 9.

Was zuerst die gesetzlichen Veräußerungsverbote betrifft, so gibt es unter diesen Eines, das auf gewisse Veräußerungen unter bestimmten Personen beschränkt ist; ich meine das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten. Die übrigen sind von allgemeinerer Beziehung. Dahin gehört das Verbot, dem zu Folge der Ehemann, obschon Eigenthümer der Grundstücke, welche er **in dotem** empfangen hat, diese doch nicht veräußern darf. —

Ferner: der Parens darf Sachen, die zu dem s. g. **Peculio adventitio** eines seiner Gewalt unterworfenen Kindes gehören, der Regel nach nicht veräußern, ungeachtet er das Recht der Verwaltung hat. —

Eben so ist in der Regel untersagt die Veräußerung von Sachen, welche bevormundeten Personen gehören; nur mit obrigkeitlicher Erlaubniß sollen sie veräußert werden dürfen, und auch diese soll nur unter gewissen Voraussetzungen ertheilt werden; desgleichen sollen Grundstücke auch solcher minderjährigen Personen, die nicht unter Vormundschaft stehen, ohne obrigkeitliches Decret nicht veräußert werden. —

Endlich ist untersagt die Veräußerung von **Rebus litigiosis**. —

Von diesem letzten Veräußerungsverbote ist das Nähere schon im §. 165. vorgekommen; die genauere Darstellung der übrigen Veräußerungsverbote gehört in das Familienrecht.

Mit der Wirkung der gesetzlichen Veräußerungsverbote verhält es sich nun aber so: Eine gegen das Gesetz vorgenommene Veräußerung ist **ipso jure** nichtig [2]). Und ferner: jedes gesetzliche Veräußerungsverbot enthält **implicite** zugleich ein Verbot der ordentlichen Ersitzung, wie wir sehen werden im §. 262.

Zweitens. Wenn in einem einzelnen Falle die Obrigkeit die Veräußerung einer Sache untersagt hat, so ist die dennoch erfolgte Veräußerung ebenfalls ungültig; aber die ordentliche Ersitzung wird durch ein bloß obrigkeitliches Verbot nicht ausgeschlossen. Derjenige, an welchen veräußert ist, kann nur dann nicht usucapiren, wenn er von dem obrigkeitlichen Verbote unter-

2) **L. 5. §. §. 14. 15. D. eod. L. 4. L. 8. L. 15. L. 16. C. d. praed. et aliis reb. minor. etc. V, 71.** Diese Stellen beziehen sich vorzugsweise auf die Güter bevormundeter Personen, und sonstiger Minderjährigen.

richtet gewesen ist, also wenn es ihm an der erforderlichen bona fides fehlt [3]).

Drittens. Wenn in einem Testament, überhaupt in einem letzten Willen die Veräußerung einer Sache untersagt worden ist, so hat eine solche Disposition gar keine Wirkung, sobald Niemand da ist, zu dessen besonderem Vortheil der Testator die Veräußerung untersagt hat. Ist ein solcher vorhanden, so hat das Verbot allerdings eine Bedeutung, in der Regel [4]) jedoch nur die eines Vermächtnisses. Derjenige, auf dessen Vortheil das Verbot abzweckt, kann die Sache, als eine ihm vermachte, in Anspruch nehmen [5]). Ob und inwieweit ein testamentarisches Veräußerungsverbot ein Hinderniß der Ersitzung sei, davon wird sich zweckmäßiger im §. 262. sprechen lassen.

Es ist jetzt noch übrig die vierte Classe von Veräußerungsverboten — nämlich die vertragsmäßigen Veräußerungsverbote.

Unter einem vertragsmäßigen Veräußerungsverbote wird verstanden eine vertragsmäßige Uebereinkunft, mittelst welcher der Eigenthümer einer Sache sich gegen einen Andern anheischig gemacht hat, die Sache nicht zu veräußern. Daß dadurch der Eigenthümer zur Unterlassung der Veräußerung obligatorisch verpflichtet wird, das leidet keinen Zweifel. Es gilt dies namentlich von dem Fall, da der Eigenthümer sich bei dem Erwerbe des Eigenthums gegen den vorigen Eigenthümer verbindlich gemacht hat, nicht zu veräußern [6]). Wenn nun aber der Eigenthümer, im Widerstreit mit der übernommenen obligatorischen Verpflichtung, dennoch veräußert, so ist die Veräußerung keineswegs nichtig, sondern die Folge ist nur die, daß nunmehr derjenige, gegen welchen der Eigenthümer sich verpflichtet hatte, von ihm irgend eine Leistung wird fordern können, die, nach Beschaffenheit der Umstände, von verschiedenartigem Inhalte sein kann. Besonders verdient hier der Fall Berücksichtigung: Jemand hat

3) L. 12. D. d. usurp. et usuc. XLI, 3. L. 7. §. 5. D. pro emtore. XLI, 4.

4) Diese Beschränkung wegen L. 2. C. d. usuc. pro emtore VII, 26.

5) L. 114. §. 14. D. d. legat. I.

6) Es ist hier zu vergleichen: L. 48. D. d. pact. II, 14. »In traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est.«

mir eine Sache mit der Zweckbestimmung geschenkt, sie nicht zu veräußern. Veräußere ich nun dennoch, so kann er von mir verlangen, daß ich ihm die Sache zurückgebe, oder, inwieweit ich sie wieder herbeizuschaffen nicht vermag, das Interesse leiste. Auf einen solchen Fall gerade bezieht sich die **L. 3. C. d. condict. ob caus. dator. IV, 6.**

»Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis ulla facultas competeret, id efficit, ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet, vel ut donatori, vel ejus heredi condictio, si non fuerit conditio servata, quaeratur.«

Die Stelle steht auch in den Basiliken [7]), — und da wird dann der Umstand ganz ausdrücklich hervorgehoben, daß die Veräußerung an sich nicht ungültig sei, sondern dem Schenker nur obligatorische Ansprüche gebe. Daß ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot die Gültigkeit der dennoch vorgenommenen Veräußerung nicht hindern könne, lehrt auch eine Stelle der Pandekten, die **L. 61. (60.) D. d. pact. II, 14.:**

»Nemo paciscendo efficere potest . . . . . ne vicino invito praedium alienet.«

Der Sinn derselben ist dieser: immerhin mag der Eigenthümer eines Grundstücks sich gegen seinen Nachbar vertragsmäßig verpflichtet haben, das Grundstück wider dessen Willen nicht zu veräußern, die Möglichkeit, eine solche Veräußerung gültiger Weise vorzunehmen, wird dadurch nicht aufgehoben. Die einzige Schwierigkeit in dieser Materie macht die **L. 7. §. 2. D. d. distract. pignor. XX, 5.:**

»Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque venire possit? Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur« [8]).

7) **Basilic. XXIV, 1, 31.**

8) Nach einer auf Handschriften gegründeten abweichenden Lesart lautet der Schluß der Stelle so: »**nullam esse pactionem, ut venditioni stetur.**« S. d. Glosse

Ist der Text so, wie er hier abgedruckt ist, richtig, so sagt der Jurist darin Folgendes: Wenn der Pfandgläubiger mit dem Schuldner dahin übereingekommen ist, daß dieser die verpfändete Sache nicht soll verkaufen dürfen, so ist der dennoch etwa vorgenommene Verkauf nichtig. — Allein ob dieser Text richtig sei, das ist gar sehr die Frage. Er scheint schon gleich im Eingange durch Verwechselung der Worte »**Creditor**« und »**Debitor**« corrumpirt zu sein, und so einen ganz andern Fall zu bezeichnen, als der war, welchen der Jurist wirklich im Auge hatte. Der Jurist nämlich scheint sich den Fall gedacht zu haben, da der Schuldner ausmacht, daß der Pfandgläubiger seiner Seits die Sache nicht solle verkaufen dürfen. Eine solche Uebereinkunft schloß in früherer Zeit das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers aus — und selbst nach späterem, namentlich nach Justinianischem Rechte, ist in einem Falle dieser Art der vom Pfandgläubiger vorgenommene Verkauf nichtig, wenn nicht besondere Förmlichkeiten beobachtet sind, auf die es sonst nicht ankommt. Angenommen nun aber auch, es hätte mit dem Eingange seine Richtigkeit — der Jurist spräche in der That von dem Falle, da der Schuldner, der Eigenthümer des Pfandes, sich anheischig gemacht hat, das Pfand nicht zu verkaufen, alsdann kommt in Betracht, daß es für die Schlußworte unserer Stelle eine, auf Handschriften gestützte, abweichende Lesart gibt (s. Note 8.), und dieser zu Folge sagt die Stelle das gerade Gegentheil von demjenigen, was ich vorhin angegeben habe: der Verkauf gilt, der widerstreitenden Uebereinkunft ungeachtet.

Bei dieser höchst problematischen Beschaffenheit unserer Stelle kann auf sie weiter gar kein Gewicht gelegt werden. Oder höchstens läßt sich daraus eine einzelne Ausnahme ableiten für den besondern in der Stelle bezeichneten Fall.

Eine andere Ausnahme ist folgende: wenn ich auf den Grund eines Vertrages das Eigenthum an einer Sache auf einen Andern transferire, dabei aber zugleich ausmache, daß, Falls etwa der Andere die Sache weiter an irgend einen Dritten veräußern

zu dieser Stelle, und **Bartolus** **C. d. condict. ob caus. dator.** sowohl **ad hanc L.** als **ad L. 3. IV, 6.**

sollte, der zwischen mir und ihm geschlossene Vertrag als gar nicht geschlossen angesehen werden solle, so fällt, sobald der Andere dennoch veräußert, das Eigenthum **ipso jure** an mich zurück; ich kann dieses wiedererworbene Eigenthum gegen jeden Inhaber der Sache mittelst einer dinglichen Klage geltend machen — und sonach ist also die vorgenommene Veräußerung ungültig. Ich erinnere hier an das im §. 220. Vorgetragene.

Ohne allen Grund ist es nun aber, wenn Viele eine Ausnahme auch in dem Fall statuiren, da ich mir von demjenigen, der sich gegen mich vertragsmäßig anheischig macht, eine Sache nicht zu veräußern, wegen Erfüllung dieses Versprechens eine Hypothek an der Sache bestellen lasse. Dies, sage ich, ist ohne allen Grund. Denn die Hypothek kann allerdings dazu dienen, mich wegen der aus dem Vertrage entspringenden Entschädigungsforderung sicher zu stellen; aber wie sie die Wirkung sollte haben können, die von dem Andern vorgenommene Veräußerung selbst ungültig zu machen, das ist schlechterdings nicht abzusehen [9]).

Zuletzt bemerke ich noch: die Ersitzung wird durch ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot nie verhindert.

§. 230.

D. Concurrenz mehrer Eigenthümer.

1. Es fragt sich: können Mehre zugleich Eigenthümer einer und derselben Sache sein?

Inwieweit eine solche Concurrenz bei dem fingirten Eigenthum möglich sei, werden wir im vierten Abschnitte dieses Kapitels sehen; hier ist bloß von dem wahren, wirklichen Eigenthume die Rede.

Im vorjustinianischen Rechte war das allerdings möglich, daß eine Sache dem Einen **ex jure Quiritium** gehörte, während der Andere sie **in bonis** hatte. Aber ein gleichartiges Eigenthum Mehrer an derselben Sache ward schon im vorjustinianischen Rechte für unstatthaft gehalten. Für das Justinianische Recht werden wir daher schlechthin sagen müssen: es kann nicht gesche-

9) S. Mühlenbruch, die Lehre von d. Cession der Forderungsrechte. §. 27. a. E. Desgleichen Schweppe Röm. Privatr. §. 226*a*.

hen, daß Mehre zugleich Eigenthümer einer und derselben Sache sind: es würde dies dem Merkmal des Ausschließlichen, welches in dem Begriff des Eigenthums enthalten ist, widerstreiten [1]). Hiermit kann nun aber sehr wohl bestehen:

1. daß eine **Universitas** von Personen das Subject des Eigenthums ist; denn, juristisch genommen, ist ja eine **Universitas** nur Eine Person;

2. Auch das ist unserm Grundsatz nicht entgegen, wenn Mehre zugleich auf die Weise Eigenthümer sind einer Sache, daß das Eigenthumsrecht jedes Einzelnen sich auf einen besonderen, ideellen Theil des Ganzen bezieht [2]). Denn hier ist es ja nicht dieselbe Sache, welche gleichzeitig Mehren angehört, sondern es sind vielmehr so viele verschiedene Sachen, als Theile gedacht werden. Das Besondere dieses Falls besteht nur darin, daß die Theile keine reelle Theile sind, daß also die verschiedenen Sachen, als solche, sich in der Anschauung nicht nachweisen lassen. Uebrigens ist es ein Eigenthum dieser Art, woran man denkt, wenn man von einem Miteigenthum spricht.

§. 231.

E. Arten des Eigenthums.

Von dem Unterschiede zwischen quiritarischem und bonitarischem Eigenthum ist bereits im §. 222. die Rede gewesen: desgleichen von dem Unterschiede zwischen wirklichem und prätorischem Eigenthum. Was hier noch über die verschiedenen Arten des Eigenthums zu sagen ist, besteht in Folgendem:

1. Der in dem vorigen Paragraphen bezeichnete Begriff des Miteigenthums hat Veranlassung gegeben zu der Eintheilung in ausschließliches Eigenthum und Miteigenthum. Im Lateinischen sagen die Neueren: **Dominium solitarium** und **Condominium.**

1) **L. 5. §. 15. D. commodati. XIII, 6.: »..... Et ait, duorum . . in solidum dominium . . . esse non posse .....«**

2) **L. 5. D. d. stipulat. servor. XLV, 3. L. 66. §. 2. D. d. legat. II. ». . . . namque plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione corporis obtinent.«**

Die Neueren unterscheiden

2. ein **Dominium perpetuum** und ein **Dominium temporale.** Unter **Dominium perpetuum** versteht man ein für die Dauer erworbenes Eigenthum, — unter **Dominium temporale** ein nur **ad tempus** oder **ad conditionem** erworbenes Eigenthum. Für letzteres wird auch der Ausdruck **Dominium interimisticum** gebraucht. Auch wird der Unterschied, von dem ich hier spreche, nicht selten durch folgenden Ausdruck bezeichnet: **Dominium irrevocabile** und **Dominium revocabile.** Angemessener jedoch ist es, den Ausdruck **Dominium revocabile** zu beschränken auf den Fall, da das Eigenthum nach einiger Zeit an einen ehemaligen Inhaber zurückfallen soll.

Sowohl in der engeren, als in der allgemeineren Bedeutung unterscheiden die Neueren weiter zwischen **Dominium revocabile ex tunc** und **Dominium revocabile ex nunc.** Sie nennen es **revocabile ex tunc**, wenn es mit dem Eintritt eines gewissen Zeitpunktes oder Ereignisses **ipso jure** aufhört; dagegen nennen sie es **revocabile ex nunc**, wenn der zeitige Eigenthümer nur obligatorisch verpflichtet ist, sein Eigenthumsrecht auf einen Andern zu übertragen. In jenem Falle hat derjenige, welcher fortan Eigenthümer sein soll, ohne Weiteres die **Rei vindicatio**, in diesem nur eine persönliche Klage. Der Ausdruck »**ex tunc**« beruht übrigens darauf: wo das **Dominium temporale ipso jure** aufhört, da wird es häufig als ein nie erworbenes betrachtet, oder es verlieren wenigstens die in der Zwischenzeit vorgenommenen Alienationen ihre Kraft.

3. Die Neueren reden ferner von einem **Dominium limitatum, minus plenum** und **illimitatum s. plenum:** beschränktes, unvollkommenes — unbeschränktes, vollkommenes, volles Eigenthum. Jenes findet da Statt, wo das Eigenthum seinem materiellen Inhalte nach beschränkt ist, so daß es nicht in der Fülle vorhanden ist, welche die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen mit sich bringen. Und daher ist denn jedes Eigenthum ein **Dominium limitatum**, sobald es durch ein, einem Anderen zustehendes **Jus in re** beschränkt wird.

Uebrigens pflegen die Neueren folgenden Fall des Domi-

nium plenum noch besonders auszuzeichnen. Indem sie ausgehen von jener im §. 224. erörterten Ansicht, der zu Folge das Eigenthum aus dem **Jus utendi fruendi**, und aus der Proprietät besteht; — so sagen sie:

Bisweilen ist das Eigenthum qualitativ dergestalt getheilt, daß der Eine mit dem vollen Nutzungsrechte zugleich gewisse Proprietätsrechte verbindet, während dem Anderen nur der noch übrige Theil der Proprietätsrechte zusteht. Alsdann sind beide Eigenthümer; jeder von ihnen aber hat nun ein **Dominium minus plenum**; der erste ein **Dominium utile**, ein nutzbares Eigenthum, weil er nämlich das volle **Jus utendi fruendi** hat; der Andere aber ein **Dominium directum**, wofür dann im Deutschen der Ausdruck Obereigenthum gebraucht wird, daher die Eigenthümer **Dominus utilis**, und **Dominus directus** genannt werden.

Fragt man nun, in welchen Fällen eine solche Theilung Statt finde, so pflegt die Antwort diese zu sein:

1. bei der Emphyteuse,
2. bei der Superficies,
3. bei dem Lehn.

Das Lehnsverhältniß ist dem Römischen Recht ganz und gar fremd; was aber anbelangt die **Emphyteusis** und die **Superficies**, so ist die richtige Ansicht diese: Es gibt dabei nur Einen Eigenthümer; das ist derjenige, welchen man den **Dominus directus** zu nennen pflegt; der Emphyteuta hat nur ein **Jus in re aliena** — und eben so der Superficiar. Mithin ist von dem Unterschiede zwischen **Dominium directum** und **Dominium utile** im Römischen Rechte überall kein Gebrauch zu machen.

4. Noch eine Eintheilung, welche sich bei vielen Neueren findet, ist die Eintheilung in **Dominium naturale** und **Dominium civile**. Unter jenem verstehen sie ein Eigenthum, dessen Ausübung in der Person desjenigen, dem es zusteht, dadurch ganz und gar gehemmt ist, daß diese Ausübung einstweilen auf einen Andern übergegangen ist. Wogegen dann demjenigen, auf welchen die Ausübung übertragen ist, ein **Dominium civile** beigelegt wird. Das **Dominium naturale** nennt man auch Do-

minium dormiens, quiescens; und das Dominium civile wird gelegentlich auch mit dem schon früher vorgebrachten Ausdruck Dominium interimisticum bezeichnet. Als Beispiel pflegt angeführt zu werden die Dos. An dieser soll constante matrimonio die Frau ein Dominium naturale, der Mann ein Dominium civile haben. — Die ganze Eintheilung ist grundlos. Siehe §. 689.

F. Von den Klagen aus dem Eigenthume.
(§. §. 232—242.)

§. 232.

a. Im Allgemeinen.

Der aus dem Eigenthum entspringenden Klagen sind zwei. Die eine ist die **Rei vindicatio**, die jedoch in unsern Quellen nur selten unter diesem specifischen Namen vorkommt. Mehrmals wird da, wo von dieser Klage die Rede ist, nur der generelle Ausdruck »**in rem actio**« gebraucht. Die andere Klage ist die **negatoria s. negativa actio.**

Beide Klagen kommen darin überein: der Kläger will sein Eigenthumsrecht geltend machen; daher verlangt er denn auch bei beiden zunächst dieses, daß er als Eigenthümer anerkannt werde.

Aber die Verschiedenheit zeigt sich in der Veranlassung zur Klage; und diese Veranlassung ist denn natürlich auch von Einfluß auf den Zweck derselben. Es zeigt sich daher eine Verschiedenheit in demjenigen, was der Kläger noch außer dem Anerkenntniß seines Eigenthumsrechts verlangt.

Die **Rei vindicatio** setzt immer eine wirklich erfolgte Beeinträchtigung des Eigenthums voraus, und zwar eine solche, wodurch dem Eigenthümer entweder der Besitz oder doch wenigstens die eigne Detention entzogen wird. Und daher verlangt denn auch der Kläger jederzeit Herausgabe der Sache.

Ich sagte, der Eigenthümer könne die **Rei vindicatio** anstellen, wenn ihm auch nur die eigne Detention der Sache entzogen werde. Dies ist z. B. der Fall, wenn Jemand meine Sache

detinirt, in meinem Namen zwar, aber wider meinen Willen, als Usufructuarius [1]).

Die **Negatoria actio** kann auch angestellt werden, ohne daß der Eigenthümer irgend eine thätliche Beeinträchtigung erfahren hätte; wir werden weiterhin sehen, daß der Eigenthümer sich ihrer bedienen kann auch da, wo er nur eine künftige Beeinträchtigung fürchtet. Unter den thätlichen Beeinträchtigungen aber, wodurch die Anstellung der Klage veranlaßt werden kann, haben wir uns immer solche Eingriffe in das Eigenthumsrecht zu denken, welche nicht auf Entziehung des Besitzes gerichtet sind. Und daher geht denn auch der Kläger in der Regel gar nicht darauf aus, daß ihm die Sache soll herausgegeben werden — sondern er verlangt, dem Gegner soll der Eingriff, den er sich erlaubt hat, untersagt werden, er soll angehalten werden, den etwa angerichteten Schaden zu ersetzen u. s. w. Nur in Einem Fall kann auch diese Klage auf Herausgabe der Sache gehen. Dann nämlich, wenn der Gegner sich eine persönliche Servitut an der Sache zuschreibt, z. B. den Ususfructus, und in Gemäßheit dessen, zum Behuf der Ausübung seiner Servitut, die Sache detinirt. Wir haben vorhin gesehen, daß in solchem Fall die **Rei vindicatio** angestellt werden kann, aber auch die **Negatoria actio** [2]).

b. Insbesondere:

α. Von der Rei vindicatio. (§. §. 233—240.)

† DIG. VI, 1. † COD. III, 32. De rei vindicatione.

§. 233.

a. Ueber den Gegenstand der Vindication.

1. Nur körperliche Sachen können im Eigenthum sein; daher sind denn auch nur sie Gegenstand der **Rei vindicatio**. Hieraus folgt, daß ein Begriffsganzes kein Gegenstand der **Rei vindicatio** ist. In Bezug auf eine s. g. **Universitas juris** sehen wir dies in unseren Quellen [1]) ausdrücklich anerkannt.

1) **L. 7. pr. L. ult. D. usufructuar. quemadm. cav. VII, 9.**
2) **L. 5. pr. D. si ususfr. petat. VII, 6.** Vgl. Glück, IX. S. 425.
1) In L. 56. D. h. t. »Vindicatio non ut gregis, ita et pecu-

Bei einer s. g. **Universitas facti** scheint es anders sein zu sollen; es wird sich indessen weiterhin zeigen, wie dies eigentlich gemeint sei.

2. Nur eine **Species**, d. h. eine bestimmte, individuelle Sache kann Gegenstand des Eigenthums, und somit der **Rei vindicatio** sein, nicht aber etwas, was man sich nur der Gattung nach bestimmt denkt.

3. Aus dem Bisherigen folgt, daß der Kläger den Gegenstand der Vindication so viel möglich nach individuellen Merkmalen bezeichnen muß [2]). Doch ist diese Regel nicht ohne Ausnahme — und hierher gehört nun, was ich vorhin in Bezug auf eine **Universitas facti** andeutete. Nämlich: der Eigenthümer körperlicher Sachen, welche zusammen eine **Universitas facti** ausmachen, darf den Gegenstand der Klage mit dem der **Universitas** zukommenden Collectivnamen bezeichnen; er hat nicht nöthig, jede einzelne dazu gehörige Sache besonders anzugeben und zu beschreiben. Ja es wird ihm dies sogar dann gestattet, wenn nicht gerade alle einzelnen unter jenem Collectivnamen begriffenen Gegenstände ihm gehören, sondern er nur Eigenthümer der Mehrzahl ist; wobei sich indessen von selbst versteht, daß er durch die Klage doch nur das ihm wirklich Gehörige erlangt. Das hier Gesagte gilt namentlich da, wo es sich um eine Heerde handelt [3]).

4. Man kann mit der **Rei vindicatio** auch einen Theil eines Ganzen in Anspruch nehmen [4]). Wenn jedoch eine mir gehörige bewegliche Sache mit einer fremden Sache physisch zu Einem Ganzen verbunden worden ist, so kann ich sie nicht eher vindiciren, als bis sie durch Trennung von dem Ganzen ihre verlorne Selbstständigkeit wieder erlangt hat. Daß dies geschehe, kann ich aber mittelst der **Ad exhibendum actio** bewirken, indem ich verlange, daß der Gegner mir meine Sache gesondert vorzeige; nach erfolgter Sonderung stelle ich dann die **Rei vindicatio** an. Nur wird hierbei allerdings vorausgesetzt, daß ich durch die vor-

lii recepta est, sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet.«

2) Siehe **L. 6. D. h. t.**
3) **L. 1. §. ult. L. 2. D. h. t.**
4) Vgl. **L. 49. §. 1. D. h. t.**

genommene Verbindung nicht etwa aufgehört habe, Eigenthümer zu sein [5]). Auch wegen eines bloßen ideellen Theils kann man die **Rei vindicatio** anstellen [6]); in der Regel wird indessen gefordert, daß man im Stande sei, die Größe des Theils anzugeben [7]).

b. Ueber die Subjecte der Klage.

§. 234.

1. Kläger.

In der Person des Klägers ist zweierlei erforderlich:

Erstens etwas Positives — der Kläger muß Eigenthümer sein, wirklicher, wahrer Eigenthümer [1]): der bloß prätorische Eigenthümer hat die **Rei vindicatio** nicht.

Zweitens etwas Negatives — nämlich der Kläger darf die Sache, welche den Gegenstand dieses Eigenthums ausmacht, nicht selbst detiniren [2]).

Ueber das erste Erforderniß ist Folgendes zu bemerken:

1. Es fragt sich: muß der Kläger Eigenthümer sein schon zu Anfange des Prozesses, schon zur Zeit der Litiscontestation?

5) **L. 23. §. 5. D. h. t. L. 6. D. ad exhibend. X, 4.**

6) **L. 8. D. h. t. »Pomponius — probat: si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantem petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum: nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere. Quoties enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse, et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quae distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet: nunquam enim pro diviso possideri potest.«**

7) **L. 76. §. 1. D. h. t. »Incertae partis vindicatio datur, si justa causa interveniat. Justa autem causa esse potest, si forte legi Falcidiae locus sit in testamento propter incertam detractionem in legatis, quae vix apud judicem examinatur. Justam enim habet ignorantiam legatarius, cui homo legatus est, si haesitet, quotam partem vindicare debeat; itaque talis dabitur actio. Eadem et de ceteris rebus intelligemus.« Vgl. L. 3. §. 2. D. eod.**

1) **L. 23. pr. D. h. t. »In rem actio competit ei, qui aut jure gentium, aut jure civili dominium acquisivit.«**

2) **§. 2. in f. I. d. actionib. IV, 6.** In Ansehung dieses zweiten Erfordernisses kann ich verweisen, theils auf das im §. 232. Gesagte, theils auf dasjenige, was im folgenden §. über die Person des Beklagten gesagt werden wird.

Nach Römischem Recht ist die Frage zu bejahen [3]), wenn gleich unter den Neuern viel Streit darüber geherrscht hat [4]).

Nach den **in praxi** angenommenen Grundsätzen des Canonischen Rechts [5]) aber verhält es sich so:

Hat der Kläger gleich Anfangs einen bestimmten Grund seines Eigenthums angegeben, jedoch ohne in der That Eigenthümer zu sein, so kann er, selbst wenn er hinterdrein aus irgend einem andern Grunde wirklich Eigenthümer wird, die Klage nicht fortsetzen; er muß eine neue Klage anstellen. — Hat aber der Kläger einen speciellen Grund des Eigenthums nicht angegeben, sondern nur im Allgemeinen behauptet, Eigenthümer zu sein; so genügt es, wenn er auch nur erst während des Prozesses Eigenthümer geworden ist; der Beklagte muß dennoch verurtheilt werden, ohne daß es der Anstellung einer neuen Klage bedürfte [5]). Dabei versteht sich dann aber freilich so viel von selbst: Ist dem Kläger der Beweis seines Eigenthums aufgegeben worden, so muß er dieses wenigstens vor Ablauf der Beweisfrist erworben haben.

2. Angenommen, der Kläger ist Eigenthümer zu Anfange des Prozesses, zur Zeit der Litiscontestation — aber während des weiteren Verlaufes des Prozesses hört er auf, Eigenthümer zu sein. Dieser Umstand allein wird die Verurtheilung des Beklagten nicht ausschließen. Ich erinnere an den §. 165. Allerdings aber können mit dem Verlust des Eigenthums andere Umstände concurriren, welche die Lossprechung des Beklagten zur Folge haben, wie wenn etwa mit dem Eigenthum zugleich alles Interesse des Klägers aufgehört hat [6]).

3. Die Regel ist: der Kläger muß Eigenthümer sein. Es gibt jedoch einzelne Fälle, in welchen Jemanden die Befugniß zugestanden wird, eine Sache zu vindiciren, gleich als ob sie die seinige wäre, ungeachtet es an denjenigen Voraussetzungen fehlt,

3) Nach **L. 23. D. d. judic. V, I.** Vergl. Mühlenbruch, Pandekten. §. 269. Note 4.

4) Siehe Glück, **VIII. S. 147** folg.

5) **c. 3. in VI. d. sent. et re jud. II, 14.**

6) **Argum. L. 7. §. ult. D. ad exhib. X, 4. et L. 14. pr. D. d. condict. furt. XIII, 1.** Vergl. Glück, **VIII. S. 151.**

durch welche, nach allgemeinen Grundsätzen, der Erwerb des Eigenthums bedingt ist. Deshalb wird denn auch die Klage in den hierher gehörigen Fällen nur als eine **utilis actio** bezeichnet. Uebrigens kommen alle diese Fälle darin mit einander überein, daß der Gegenstand der Klage immer eine durch einen Andern mit unserem Gelde erkaufte Sache ist. Ich will jetzt die einzelnen Fälle näher bezeichnen:

Zuerst: wenn der Vormund eines Minderjährigen mit dessen Gelde für sich selbst Sachen gekauft hat, so steht es dem Minderjährigen, wenn er will, frei, diese Sache als sein Eigenthum anzusehen. Er hat eine **utilis actio ad rem vindicandam** [7]). In praxi pflegt man dieses Recht des Minderjährigen auch den Kirchen beizulegen [8]).

Ferner hat Jemand Sachen gekauft mit dem Gelde eines Soldaten, so kann der Soldat, wenn er will, diese Sache ebenfalls als die seinige betrachten; und dann hat er eine **utilis vindicatio** [9]).

Endlich, setzen wir, daß eine Frau ihrem Manne während der Ehe Geld geschenkt und daß der Mann davon Sachen angeschafft hat. Wenn nun später die Frau das Geschenk widerruft und ihr Geld wieder haben will, der Mann aber insolvent ist — so soll sie eine **utilis in rem actio** in Ansehung der von dem Manne mit dem Gelde angeschafften Sache haben [10]).

Manche nehmen noch einen Fall an, indem sie behaupten: die Ehefrau habe eine **utilis vindicatio** auch in Beziehung auf solche Sachen, welche der Mann mit Dotalgeldern angeschafft hat. Das aber ist unrichtig. Entweder die Frau kann dergleichen Sachen gar nicht vindiciren, oder, kann sie dieselben vindiciren, so ist sie auch wahre, wirkliche Eigenthümerin, dergestalt, daß die ihr zustehende Klage die directe **Rei vindicatio** ist. Die Sache verhält sich so:

Wenn der Mann das Geld, welches die Frau ihm als

7) **L. 2. D. quando ex facto tutor. XXVI, 9. L. 3. C. arbitr. tutelae. V, 51.**
8) Glück, **VIII. S. 164.**
9) **L. 8. C. h. t.**
10) **L. 55. D. d. donat. int. V. et U. XXIV, 1.** Siehe Wening, gem. Civilr. **I. B. II. §. 18.** Glück, **VIII. S. 186 — 88.** A. M. Thibaut, Pand. **§. 707.**

Braut gab, ihm eingebracht hat, mit deren Bewilligung auf den Ankauf anderer Sachen verwendet, so treten diese Sachen in die Stelle des Geldes: nicht dieses mehr ist **in dote**, sondern die dafür angeschafften Sachen sind nunmehr **Res dotales** [11]).

Nun aber hat Justinian Folgendes verordnet [12]). Wird die Ehe getrennt, so fällt das Eigenthum an denjenigen Gegenständen des Brautschatzes, welche in dem Vermögen des Mannes noch **in natura** vorhanden sind, **ipso jure** an die Frau; sie braucht diese Sachen nicht erst von dem Mann oder dessen Erben auf sich zurück übertragen zu lassen, sondern sie kann dieselben unmittelbar von jedem Inhaber vindiciren. — Und dies muß denn natürlich Statt finden auch bei Sachen, welche der Mann, mit Bewilligung der Frau, für das **in dotem** gegebene Geld angekauft hat. Wo es nun aber an den hier bezeichneten Voraussetzungen fehlt, da läßt sich nicht behaupten, daß die Frau Sachen darum als die ihrigen vindiciren könne, weil sie mit Dotalgeldern erkauft worden sind [13]).

Und sonach ist dieser angebliche vierte Fall nicht hierher zu rechnen. Nun aber ist noch

4. zu bemerken, daß der Grundsatz, der Kläger muß Eigenthümer sein, auch noch einer anderweitigen Modification unterworfen ist. Nämlich: das Eigenthum hört auf mit dem Untergange der Sache. Nichtsdestoweniger kann, unter gewissen Voraussetzungen, selbst wegen einer untergegangenen Sache, die **Rei vindicatio** angestellt werden. Das Nähere hierüber wird der folgende Paragraph lehren.

§. 235.

2. Beklagter.

Die Klage geht gegen den **Possessor** unserer Sache [1]). Dieser ist aber entweder ein Solcher, der unsere Sache in der That inne hat, oder aber ein Solcher, bei welchem die Innehabung unserer Sache nur fingirt wird.

11) L. 26. L. 27. L. 54. D. d. jure dot. XXIII, 3.

12) In der L. 30. C. d. jure dot. V, 12.

13) Denn siehe L. 12. C. eod.

1) L. 1. C. ubi in rem actio exerceri debeat. III, 19.

Zuerst von dem Fall, da der Gegner unsere Sache in der That inne hat: Wenn gesagt wird, die Klage gehe gegen den **Possessor**, gegen den Besitzer, so sind diese Ausdrücke nicht in ihrer technischen Bedeutung zu nehmen. Die Klage kann nicht bloß gerichtet werden gegen den eigentlichen Besitzer, sondern auch gegen den bloßen Detentor. So z. B. gegen denjenigen, der die Sache nur als Depositar, oder als Commodatar, oder als Pächter oder Miether inne hat [2]). Allerdings aber kann derjenige, welcher die Sache nicht im eigenen Namen besitzt, sondern im Namen irgend eines Dritten, sich von der Klage dadurch losmachen, daß er den Kläger an den verweis't, dessen Stelle er vertritt [3]). Diese Befugniß nennen die Neueren: **Beneficium nominationis** oder auch **laudationis auctoris.**

Aber, zweitens, nicht nur der, welcher die Sache wirklich inne hat, kann in Anspruch genommen werden, sondern öfters auch derjenige, der sie gar nicht einmal detinirt, der aber angesehen wird, als besäße er die Sache — und der nun insofern **fictus possessor** genannt wird, ein Ausdruck, dessen wenigstens die Neueren sich bedienen. Dabei ist nun aber gar nicht an eine Fiction des Besitzes zum Behuf des **Jus possessionis** zu denken, sondern die Fiction bezieht sich lediglich auf das Verhältniß im Proceß, lediglich darauf, daß ein solcher **fictus possessor** eben sowohl verurtheilt werden muß, wie wenn er wirklich besäße. Es wird aber der Besitz in diesem Sinne in zwei Fällen fingirt:

1. bei demjenigen, **qui liti se obtulit** (s. §. 165.).
2. Wenn Jemand früherhin **mala fide** besessen, dann aber durch sein eignes Zuthun zu besitzen aufgehört hat.

Diese Fiction wurde zuerst eingeführt in Beziehung auf eine andere Klage, nämlich in Beziehung auf die **Hereditatis petitio** [4]), von dieser aber übertragen auf die **Rei vindicatio** [5]). Mehrmals wird diese Fiction auf die Weise bezeichnet, daß man sagt, es könne geklagt werden gegen denjenigen, »**qui dolo fecit, quominus possideat**« oder »**qui dolo desiit possidere.**«

2) L. 9. D. h. t.
3) L. 2. C. ubi in rem actio exerc. III, 19.
4) L. 25. §. 2. D. d. H. P. V, 3.
5) L. 27. §. 3. L. 36. pr. D. h. t.

(S. Note 4. u. 5.) Man muß sich jedoch durch diesen Ausdruck nicht verleiten lassen, anzunehmen, nur derjenige könne belangt werden, welcher absichtlich aufgehört hat zu besitzen; auch derjenige gehört hierher, der durch bloße Culpa zu besitzen aufgehört hat, vorausgesetzt, daß er zur Zeit des wirklichen Besitzes **in mala fide** war. Denn so ist es bei der **Hereditatis petitio**, und eben so also muß es auch sein bei der **Rei vindicatio** [6]).

Hieraus nun geht jene am Schluß des vorigen Paragraphen angedeutete eigenthümliche Modification des Grundsatzes hervor, daß der Kläger Eigenthümer sein müsse. Denn wenn ein Anderer meine Sache **mala fide** besaß und sie vernichtete, so habe ich, eigentlich genommen, durch die Vernichtung des Objects aufgehört, Eigenthümer zu sein, dennoch aber werde ich gegen den Andern klagen können: denn der Andere wird betrachtet, als ob er fortdauernd besäße, und sonach muß die Sache als noch vorhanden, mein Eigenthum als noch bestehend angesehen werden. —

Außer diesen allgemeinen Erfordernissen in der Person des Beklagten ist jetzt noch Einiges im Einzelnen zu bemerken.

1. Angenommen, der Beklagte besitzt zur Zeit der Litiscontestation; später hört er auf zu besitzen. Hier nun ist allerdings im Allgemeinen die Regel die: er kann nunmehr nicht verurtheilt werden [7]). Aber diese Regel ist doch mancherlei Modificationen unterworfen. Denken wir uns: der Beklagte war **in mala fide**. Hat er nun da **dolo** oder **culpa** aufgehört zu besitzen, so ist er ja nun aus einem **verus possessor** ein **fictus possessor** geworden: und sonach wird er auch jetzt verurtheilt werden müssen. Aber selbst wenn er durch Zufall zu besitzen aufgehört hat, kann er unter gewissen Voraussetzungen verurtheilt werden: dann nämlich, wenn, bei früherer Herausgabe, der Zufall die Sache entweder gar nicht getroffen hätte, oder doch wenigstens für den Kläger ohne Nachtheil gewesen wäre. — Besaß der Beklagte dagegen **bona fide** und hört nach der Litiscontestation auf zu besitzen, so kann er möglicher Weise zwar auch verurtheilt wer-

6) Vgl. **L. 25. §. 2. D. d. H. P.** und Glück, **VIII.** S. 208. folg. 7) **L. 27. §. 1. D. h. t.**

den, aber nur, wenn er den Verlust des Besitzes verschuldet hat [8]).

2. Derjenige, welcher zur Zeit der Litiscontestation weder wirklicher, noch auch fingirter Besitzer ist, hinterdrein aber zu besitzen anfängt — muß verurtheilt werden [9]).

3. Wer zuerst gegen den **fictus possessor** geklagt hat, kann hinterdrein immer auch noch den **verus possessor** in Anspruch nehmen; dagegen kann derjenige, welcher durch den wirklichen Besitzer bereits zufrieden gestellt ist, gegen den **fictus possessor** nicht weiter klagen [10]).

4. Schon in dem Bisherigen ist zwischen einem **malae** und einem **bonae fidei possessor** unterschieden worden, und dieser Unterschied wird in der Folge noch öfters vorkommen. Es fragt sich also, wer gilt in Bezug auf die **Rei vindicatio** für einen **bonae fidei possessor**? In der Lehre von der Usucapion wird bekanntlich nach Justinianischem Rechte Jeder als **bonae fidei possessor** betrachtet, der zu Anfange seines Besitzes **in bona fide** war, gesetzt auch, daß er später inne geworden ist, eine fremde Sache zu besitzen. Ist es nun aber so auch bei der **Rei vindicatio**? Die classischen Juristen waren hierüber verschiedener Meinung. Indessen nach derjenigen Meinung, die für das Justinianische Recht als die geltende zu betrachten ist, müssen wir sagen: Immerhin mag Einer **bona fide** zu besitzen angefangen haben; sobald er die Ueberzeugung gewinnt, nicht berechtigt zu sein, so ist er für die Folge der Zeit als **malae fidei possessor** zu behandeln. Das Nähere hierüber wird vorkommen im §. 282.

8) **L. 40. pr. D. d. H. P. V, 3.** »Illud quoque, quod in oratione D. Hadriani est, ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas, interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia, aut jumenta, aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. Et hoc justum esse in specialibus petitionibus, Proculo placet: Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat; in bonae fidei possessoribus Cassius: Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere jus suum indefensum relinquere.« Vgl. **L. 15. §. ult. L. 16. pr. D. h. t.**

9) cit. **L. 27. pr. D. h. t.**

10) **L. 7. D. h. t.** Argum. **L. 13. §. 14. D. d. H. P. V, 3.** et **L. 95. §. 9. D. d. solut. XLVI, 3.** Conf. **L. 88. D. d. V. S.**

§. 236.

c. Ueber den vom Kläger zu führenden Beweis.

Der Kläger behauptet, Eigenthümer zu sein; zugleich behauptet er entweder, daß der Beklagte die Sache wirklich inne habe, oder daß er wenigstens als Besitzer anzusehen sei. Auf Beides gründet er seine Klage. Ohne das Erste wäre seine Klage überhaupt unbegründet; ohne das Zweite wäre sie wenigstens unbegründet gegen den Beklagten. Also: wird ihm das Eine oder das Andere, oder gar Beides zugleich abgeläugnet, so muß er die Richtigkeit seiner Behauptung beweisen.

Im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken:

1. Stellt der Beklagte die Innehabung der Sache in Abrede, und der Kläger führt den Beweis, daß der Beklagte die Sache in der That inne habe, so braucht der Kläger sein Eigenthumsrecht an der Sache, Falls auch dieses ihm streitig gemacht wird, nicht zu erweisen. Denn dem Beklagten wird zur Strafe für sein freventliches Abläugnen, der Besitz durch richterliche Verfügung ohne Weiteres genommen; er wird auf den Kläger übertragen. Dadurch verändert sich dann das Verhältniß der Parteien dergestalt, daß der Beklagte, wenn er seiner Seits Eigenthümer zu sein behauptet, die Rolle des Klägers übernehmen, und das von ihm behauptete Eigenthumsrecht darthun muß [1]).

2. Läugnet der Beklagte das Eigenthumsrecht des Klägers, so ist der Beweis des Eigenthums von Seiten des Klägers so nothwendig, daß der Kläger, Falls er diesen Beweis nicht erbringen kann, abgewiesen werden muß, wenn schon der Beklagte seiner Seits nicht das mindeste Recht an der Sache haben mag [2]). Eine höchst wichtige Frage ist nun aber die: was gehört zu dem, dem Kläger obliegenden Beweise? Der Kläger muß beweisen, daß er Eigenthum erworben habe; die Fortdauer desselben braucht er nicht zu erweisen; vielmehr: wenn der Beklagte behauptet, daß der Kläger aufgehört habe, Eigenthümer zu sein, so ist es seine Sache, dieß darzuthun. Was aber anbetrifft den Beweis

1) L. ult. D. h. t.

2) L. ult. C. h. t. L. 2. C. d. probat. IV, 19.

des Erwerbs, so gibt es darüber, was im Fall des abgeleiteten Erwerbs zu erweisen sei, verschiedene Meinungen. Darin sind allerdings Alle einig, daß der Kläger das Vorhandensein eines, zur Uebertragung des Eigenthums an sich geeigneten, rechtsgültigen Geschäfts darthun muß. Aber muß er auch das Eigenthumsrecht desjenigen nachweisen, von dem er das seinige ableitet — mit andern Worten: muß er das Eigenthumsrecht seines Auctors nachweisen? Hierüber eben sind die Meinungen getheilt. Nach der herrschenden, und meiner Ueberzeugung nach, entschieden richtigen Ansicht, hat er diesen Beweis allerdings zu führen. Denn ist sein Auctor nicht Eigenthümer gewesen, so kann auch er nicht Eigenthümer sein, da Niemand mehr Rechte auf einen Andern übertragen kann, als er selbst hat [3]). So verhält sich die Sache nach der herrschenden Meinung. Dagegen hat Thibaut folgende Ansicht aufgestellt: der Kläger brauche das Eigenthum seines Auctors nicht zu erweisen; sondern wenn der Beklagte mit der Behauptung hervortrete, der Auctor des Klägers habe kein Eigenthumsrecht an der Sache gehabt, so liege ihm der Beweis ob [4]). — Die Gründe indessen, mit welchen Thibaut diese Ansicht zu unterstützen gesucht hat, sind von Unterholzner durch triftige Gegengründe widerlegt worden [5]). Und Thibaut selbst hat in den beiden neuesten Ausgaben seines Lehrbuchs seine frühere Ansicht aufgegeben [6]).

Wenn es nun aber, der richtigen Ansicht nach, nothwendig ist, daß der Kläger das Eigenthum seines Auctors nachweis't, so kann dadurch der Beweis möglicher Weise sehr schwierig werden. Denn das Recht des Auctors gründet sich vielleicht wieder auf eine Uebertragung, und dann kommt es darauf an, nachzuweisen, daß der Auctor des Auctors Eigenthümer gewesen sei u. s. w. Dieser Umstand kann den wahren wirklichen Eigenthümer veranlassen, nicht als solcher aufzutreten, sondern nur

3) Siehe L. 54. D. d. R. J. L. 20. pr. D. d. A. R. D. XLI, 1.

4) Thibaut, Ueber den Beweis der Eigenthumsklage; im Archiv für die civilist. Praxis. Bd. VI. S. 311. folg.

5) Unterholzner, Beitrag zu den Untersuchungen üb. d. Beweis der Eigenthumsklage; ebendas. Bd. VII. S. 233. folg.

6) Thibaut, Pandekt. 7te Ausg. §. 566. Not. n. 8te Ausg. §. 707. Not. y.

als prätorischer Eigenthümer — denn dieser braucht das Eigenthum seines Auctors nicht darzuthun, wie wir weiterhin sehen werden im vierten Abschnitte dieses Kapitels.

3. Wenn der Beklagte das Eigenthum des Klägers geläugnet, dieser aber den Beweis erbracht hat, so tritt unter gewissen Voraussetzungen ein Erfolg ein, der demjenigen, welcher das freventliche Abläugnen des Besitzes mit sich führt, einigermaaßen ähnlich ist. Nämlich: angenommen, der Beklagte legt sich ein Recht an der Sache bei, welches er von dem Kläger selbst ableitet, und welches an sich geeignet ist, ihn von der Verpflichtung zur Herausgabe der Sache zu befreien; z. B. er behauptet, der Kläger habe ihm die Sache zu Pfand gegeben. Eine Behauptung dieser Art bleibt nunmehr fürs Erste unberücksichtiget; der Beklagte muß jeden Falls die Sache sofort herausgeben; und erst, nachdem dieses geschehen ist, wird die Frage erörtert, wie es sich mit dem von ihm behaupteten Recht verhalte [7]).

d. Ueber den Zweck der Klage.

§. 237.

1. Im Allgemeinen.

Der nächste Zweck des Klägers ist dieser: er verlangt, daß im Urtheil sein Eigenthumsrecht anerkannt werde.

In Folge dessen verlangt er nun aber ferner, daß der Beklagte die Sache, um die es sich handelt, unversehrt restituire, und zwar mit den Früchten, ja überhaupt **cum omni causa** [1]).

Von den Früchten wird im folgenden Paragraphen noch besonders gehandelt werden. Was aber die anderweitige **Causa rei** betrifft, so sind dahin namentlich die Pertinenzen der Sache zu rechnen, nicht bloß diejenigen, welche zu der Sache schon früher gehörten, sondern auch diejenigen, welche erst später, während des Besitzstandes des Beklagten hinzugekommen

7) **Nov. 18. c. 10.**

1) **L. 13. L. 17. §. 1. L. 20. D. h. t.** »... Nec enim sufficit, corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est, ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset.« Vgl. **L. 35. L. 75. L. 246. §. 1. D. d. V. S.**

und Eigenthum des Vindicanten geworden sind. Dahin z. B. gehören, bei einem Grundstücke der Zuwachs durch Alluvion; desgleichen Alles, was durch Bauen, Säen, Pflanzen mit dem Grund und Boden in Verbindung gebracht worden ist [2]). Ferner sind unter der Causa begriffen alle sonstigen Commoda.

Es ist jetzt noch auf manche besondere Umstände Rücksicht zu nehmen.

1. Es kann sein, die Restitution ist nicht unmöglich, aber sie kann nur nicht auf der Stelle beschafft werden. Hier kann der Beklagte begehren, daß ihm, gegen Caution, Frist gestattet werde [3]).

2. Es kann vorkommen: der Beklagte ist zur Restitution der Sache und ihrer Zubehörungen außer Stande; er kann entweder gar nicht restituiren oder wenigstens nicht vollständig. Hier nun fragt es sich: ist er zum Ersatz des Werthes verbunden?

Das Princip für die Beantwortung dieser Frage ist dieses: Unter denselben Voraussetzungen, unter welchen der Beklagte überhaupt verurtheilt werden muß, obschon er nicht besitzt — unter eben diesen muß er von allem demjenigen den Werth erstatten, was er **in natura** zu leisten außer Stande ist.

Machen wir nun von diesem Princip die Anwendung insbesondere auf denjenigen, welcher zur Zeit der Litiscontestation wirklich Inhaber ist, so ergeben sich folgende Resultate:

1. Der **Malae fidei possessor** muß verschuldeten Schaden immer ersetzen, ohne Rücksicht auf die Zeit der Verschuldung; er haftet so gut für die Schuld vor, als nach der Litiscontestation. Zufälligen Schaden braucht er aber nur dann zu erstatten, wenn der Zufall sich nach der Litiscontestation ereignet hat, und auch hier nur unter den näheren Bestimmungen, welche bereits im §. 235. angegeben sind.

2. Der **Bonae fidei possessor** ist für zufälligen Schaden nie verantwortlich; verschuldeten Schaden aber muß er, wenn die Verschuldung nach der Litiscontestation eintritt, allerdings ersetzen.

Ist nun der Beklagte zum Ersatze des Werthes verpflichtet, so

2) **L. 34. L. 53. D. L. 2. C. h. t.** 3) **§. 2. I. d. offic. judic. IV, 17.**

wird eine Schätzung nothwendig, eine **Litis aestimatio.** Und da fragt es sich weiter: wie soll diese bewerkstelliget werden?

Beruht die Verpflichtung des Beklagten auf einem **Dolus** oder einer **lata culpa**, so kann der Kläger, wenn er will, verlangen, zum **Jusjurandum in litem** zugelassen zu werden. Außerdem ist die Schätzung jederzeit Sache des Richters [4]).

Uebrigens kann die **Aestimatio** sich beziehen bloß auf die Verschlechterung der Sache, aber auch auf die Sache im Ganzen, wenn nämlich der Beklagte aus dem Besitz derselben gekommen ist durch Vernichtung, oder auf andere Weise. In diesem letzten Fall kann der Beklagte, gegen Leistung der **Aestimatio**, von dem Kläger Abtretung der diesem der Sache halber zustehenden Klagen verlangen — vorausgesetzt, daß den Beklagten nur der Vorwurf der **Culpa**, nicht der des **Dolus** trifft [5]).

Zuletzt muß ich noch besonders auf folgenden Umstand aufmerksam machen. Daß der Beklagte außer Stande ist, die Sache zu restituiren, kann möglicher Weise seinen Grund darin haben, daß er die Sache verkauft hat; und da kann es nun sein, er hat sie unter ihrem Werthe verkauft. Dennoch wird, in der Regel, der Kläger nicht genöthigt sein, sich mit dem Preise, den der Beklagte empfangen hat, zu begnügen; sondern er wird den vollen Werth in Anspruch nehmen können. Wenn indessen der Beklagte die Veräußerung »**ex necessitate**« vorgenommen hat, weil z. B. zu fürchten war, daß die Sache zu Grunde gehen würde; so wird er nachsichtiger behandelt: dann braucht er nur den empfangenen Preis zu restituiren [6]).

4) **L. 68. D. h. t.** »Qui restituere jussus judici non paret, contendens, non posse se restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat, omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit, quo minus possit, is quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quominus possit, non pluris, quam quanti res est, id est quanti actoris interfuit condemnandus est.« **L. 71. D. eod.** »Quodsi possessor quidem dolo fecit, actor vero jurare non vult, sed quanti res sit, adversarium condemnari malit, mos ei gerendus est.« Vgl. **L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. D. d. in lit. jur. XII, 3.**

5) **L. 63. L. 69. L. 70. D. h. t.**

6) **L. 15. §. 1. D. h. t.**

§. 238.

2. Insbesondere hinsichtlich der Früchte.

Früchte, auf welche der Kläger kein Recht haben würde, auch wenn er in dem Besitze der Hauptsache geblieben wäre, solche Früchte kann er nie in Anspruch nehmen. So kann namentlich derjenige, dem nur die **nuda proprietas** zusteht, während ein Anderer den **Ususfructus** an der Sache hat, keine Früchte verlangen [1]). Was aber die Früchte betrifft, worauf der Kläger bei ununterbrochenem Besitze ein Recht haben würde, so versteht es sich von selbst: die zur Zeit der Restitution mit der Hauptsache noch verbundenen Früchte, also die **pendentes fructus**, müssen jederzeit mit herausgegeben werden; sie sind ein Theil der Hauptsache [2]).

Hinsichtlich der übrigen Früchte macht es einen großen Unterschied, ob der Beklagte **malae**, oder **bonae fidei possessor** ist.

Von dem **Malae fidei possessor** heißt es [3]), er müsse **omnes fructus** leisten. Was aber unter diesen **omnes fructus** zu verstehen sei, wird folgendermaaßen bestimmt [4]). Nämlich: Früchte, die er gewonnen hat, und die noch in seinem Besitze vorhanden sind, also **exstantes fructus** — die gibt er **in natura** heraus. Für diejenigen Früchte aber, die er zwar gewonnen hat, jedoch nicht mehr besitzt, also für die **consumptos fructus**, muß er Ersatz leisten. Endlich ist er zum Ersatz verpflichtet sogar in Beziehung auf Früchte, die er überall gar nicht einmal gewonnen hat, die aber der Kläger, wäre er selbst im Besitz der Sache gewesen, davon hätte ziehen können: also der **Malae fidei possessor** leistet Ersatz auch für vernachlässigte Früchte, für die sogenannten **Fructus percipiendos**. Denn daß es bei Bestimmung des Begriffs von **Fructus percipiendi** nicht darauf ankommt, was etwa der **Malae fidei possessor**

1) **L. 33. in f. L. 35. pr. D. h. t.**
2) **L. 44. D. h. t.**
3) In **L. 22. C. h. t.**: »Certum est, **malae fidei possessores omnes fructus** solere cum ipsa re praestare: **bonae fidei vero exstantes; post autem litis contestationem universos.**«
4) **§. 35. I. d. rer. div. II, 1. §. 2. I. d. off. judic. IV, 17.**

selbst, nach seinen besondern Verhältnissen zu gewinnen im Stande war, sondern darauf, was der Kläger gewinnen konnte, das lehrt insbesondere die unten angeführte Stelle [5]).

Uebrigens gilt, was ich hier in Bezug auf den **Malae fidei possessor** gesagt habe, nicht weniger von den schon vor dem Anfange des Rechtsstreites gewonnenen und vernachlässigten Früchten, als von denen, die später erst gewonnen oder vernachlässigt sind.

Dagegen muß man bei dem **Bonae fidei possessor** unterscheiden zwischen dem der Litiscontestation vorangehenden, und dem darauf folgenden Zeitraume.

Zuerst von dem Zeitraume vor der Litiscontestation. Was in Bezug auf diesen der **Bonae fidei possessor** zu leisten habe, **Fructuum nomine**, darüber sind die Meinungen verschieden. Nach der herrschenden, meiner Ueberzeugung nach richtigen, Ansicht verhält es sich so: Die Früchte, welche der **Bonae fidei possessor** gewonnen hat, und die er zur Zeit der Litiscontestation noch besitzt, also die **exstantes fructus**, gibt er heraus (s. Note 3.). Dagegen braucht er für die vor der Litiscontestation gewonnenen und bereits consumirten Früchte keinen Ersatz zu leisten (s. Note 4.), und eben so wenig für die vor der Litiscontestation vernachlässigten Früchte [6]).

Was die abweichende Ansicht betrifft, so bemerke ich, da ich auf diesen Gegenstand im §. 282. zurückkommen muß, nur ganz kurz Folgendes:

Einige sprechen den **Bonae fidei possessor** von aller Restitution der Früchte frei, selbst die **exstantes** soll er nicht brauchen herauszugeben. Andere meinen, er brauche die **exstantes** dann wenigstens nicht herauszugeben, wenn es industrielle Früchte sind. Wieder Andere sagen: nicht nur, daß er alle **exstantes** herausgeben muß; er ist sogar zum Ersatz der **consumpti** verbunden, wenn diese rein natürliche, nicht industrielle Früchte sind.

Alles Bisherige bezog sich auf den Zeitraum vor der Litiscontestation.

5) **L. 62. §. 1. D. h. t.**

6) **cit. §. 2. I. d. off. jud. IV, 17. L. 78. D. h. t.**

Ganz anders verhält es sich mit solchen Früchten, welche der **Bonae fidei possessor** erst nach der Litiscontestation gewonnen hat. Diese muß er insgesammt herausgeben (s. Note 3.), **in natura**, Falls sie noch in seinen Händen sind, ihrem Werthe nach, Falls er sie consumirt hat. Ja, in Beziehung auf diesen späteren Zeitraum haftet er sogar wegen vernachlässigter Früchte [7]). Hiernach wird also der **Bonae fidei possessor** in Beziehung auf die Zeit nach der Litiscontestation, gleich dem **Malae fidei possessor** behandelt. Indessen pflegt man doch, und, wie es scheint, nicht ohne Grund, in Hinsicht der vernachlässigten Früchte gegen ihn weniger streng zu sein, als gegen den **Malae fidei possessor.** Man pflegt ihn nämlich nur zum Ersatz derjenigen Früchte für verpflichtet zu achten, die er nach seinen Verhältnissen hätte gewinnen können, gesetzt auch, daß der Kläger selbst ein Mehres zu gewinnen im Stande gewesen wäre [8]).

Zum Beschluß habe ich nun noch hinsichtlich der Früchte Folgendes zu bemerken:

1. Wenn der Beklagte wegen **Fructus consumpti** Ersatz zu leisten hat, so ist die Regel diese, daß er den vollen Werth erstatten muß. Hat er indessen die percipirten Früchte um deswillen unter ihrem Werthe veräußert, weil er mit Grunde besorgen konnte, daß sie ihm verderben möchten; so muß der Kläger sich an der Herausgabe des Preises, welchen der Beklagte empfangen hat, genügen lassen [9]).

2. Angenommen, die Hauptsache geht noch vor dem Urtheil zu Grunde. Wenn hier der Beklagte für den Untergang der Sache haftet, so muß er nicht nur in den Werth der Sache selbst verurtheilt werden, sondern auch in den Werth der Früchte, die, wenn die Sache nicht zu Grunde gegangen wäre, später noch, bis zu dem Zeitpunkt des abzugebenden Erkenntnisses, hätten gewonnen werden können [10]).

3. Was ich in diesem Paragraphen bisher vorgetragen habe,

7) cit. §. 2. I. d. off. jud. IV, 17. L. 2. C. d. fructib. et lit. exp. VII, 51.

8) Glück, VIII. S. 298. folg.

9) L. 15. §. 1. D. h. t. Vergl. §. 237. Note 6.

10) L. 17. §. 1. init. L. 33. init. L. 79. D. h. t.

bezieht sich zwar zunächst auf eigentliche natürliche Früchte; aber es findet auf bürgerliche Früchte analoge Anwendung [11]).

4. Gesonderte natürliche Früchte, welche entweder noch wirklich vorhanden sind, oder wegen der **mala fides** desjenigen, der sie besessen hat, als noch vorhanden angesehen werden, können nicht bloß mit der Hauptsache, sondern auch selbstständig für sich vindicirt werden. Ausgenommen jedoch sind solche Früchte, welche der Nichteigenthümer der Hauptsache **bona fide** gewonnen und veräußert hat. Immerhin mag derjenige, an welchen sie veräußert worden sind, sie noch jetzt besitzen; der Eigenthümer der Hauptsache wird sie von ihm dennoch nicht vindiciren können. Zweifelhaft dagegen kann es scheinen, ob es auch wegen der von dem **Bonae fidei possessor** gewonnenen und noch jetzt von diesem besessenen Früchte keine besondere Klage gebe. Die Gründe hievon werden wir im §. 282. kennen lernen. Gegen den **Malae fidei possessor** der Hauptsache dagegen hat der Eigenthümer, der consumirten Früchte halber, außer der **Rei vindicatio** auch eine persönliche Klage, eine **Condictio** [12]).

c. Ueber die Einreden des Beklagten.

Die Einreden des Beklagten können von gar mannigfaltiger Art sein. Hier will ich mich indessen auf diejenigen beschränken, hinsichtlich deren etwas Besonderes anzumerken ist. Zu diesen gehört vor Allen:

§. 239.

1. Die Exceptio rei venditae et traditae.

Die Voraussetzungen für diese Einrede, welche häufig auch unter der allgemeinen Benennung »**Exceptio doli**« vorkommt, sind diese: Ich kaufe von Jemanden eine Sache; gegen die Gültigkeit des Kaufs an sich ist nichts einzuwenden; auch ist der Besitz auf mich übertragen: aber ich bin dessen ungeachtet aus

11) **L. 62. pr. D. h. t. L. 5. C. eod.**

12) **L. 22. §. 2. D. d. P. A. XIII, 7. L. 3. C. d. condict. ex lege et sine causa v. injusta c. IV, 9.**

irgend einem Grunde nicht Eigenthümer geworden. Und so wird nunmehr gegen mich die **Rei vindicatio** angestellt. Ist alsdann der Vindicant ein Solcher, welcher den Kauf und die dem gemäß erfolgte Tradition gelten zu lassen verbunden ist, so kann ich mich darauf berufen, ich kann ihm die **Exceptio rei venditae et traditae** entgegen setzen, und mich dadurch von der Nothwendigkeit der Restitution befreien. Die Bedeutung also der Einrede ist diese: du hast in der That das Recht der Vindication, aber du mußt den Kauf und die Tradition anerkennen, und so handelst du also unredlich, indem du dessen ungeachtet vindicirst.

Es kommt indessen darauf an, den Gebrauch der Einrede auch noch im Einzelnen nachzuweisen.

Die Grundsätze des älteren Römischen Rechts gaben zu dem Gebrauch derselben häufigere Veranlassung, als die des Justinianischen Rechts. Und zwar um deswillen: nach älterem Rechte war bei manchen Sachen die Tradition zur Uebertragung des quiritarischen Eigenthums nicht hinreichend; es bedurfte in Hinsicht dieser Sachen der Beobachtung gewisser feierlicher Formen; wo diese vernachlässigt waren, da konnte der quiritarische Eigenthümer, ungeachtet er verkauft und tradirt hatte, gegen den Empfänger nichts desto weniger die **Rei vindicatio** anstellen; aber er ward dann mittelst der **Exceptio rei venditae et traditae** zurückgewiesen. Dies fällt im Justinianischen Rechte weg; denn da genügt bei allen Sachen zur vollständigen Uebertragung des Eigenthums schon die bloße Tradition, ohne alle weitere Feierlichkeit. Indessen fehlt es doch auch in diesem nicht an Veranlassungen zum Gebrauch unserer **Exceptio**.

1. Der häufigste Fall wird der sein: Jemand hat eine Sache gekauft und tradirt erhalten, aber von einem Nichteigenthümer. Hinterdrein wird der Tradent Eigenthümer, indem er z. B. den wirklichen Eigenthümer beerbt. Dieser Umstand macht die ursprüngliche Mangelhaftigkeit der Tradition nicht gut: der Käufer ist jetzt so wenig Eigenthümer, als er es früher war. Wenn daher nunmehr der Tradent gegen ihn die **Rei vindicatio** anstellt, so kann er den Grund der Klage nicht in Abrede stellen, aber er kann sich schützen mittelst der **Exceptio rei venditae et**

traditae. Denn der Tradent ist verbunden, den von ihm vorgenommenen Verkauf und die darauf hin erfolgte Tradition anzuerkennen [1]).

2. Wir haben so eben eine Veränderung angenommen, in Folge deren der Verkäufer in die Stelle des wirklichen Eigenthümers tritt. Aber es kann auch geschehen, daß der wirkliche Eigenthümer in die Stelle eintritt des Verkäufers, indem er seiner Seits dessen Erbe wird. Alsdann wird auch ihm, Falls er die Sache vindicirt, von dem Käufer die **Exceptio rei venditae et traditae** entgegengesetzt werden können. Denn, obschon den Vindicanten der Verkauf und die darauf hin erfolgte Tradition in seiner eignen Person nichts angeht; so ist er doch als Erbe verbunden, beide gelten zu lassen [2]).

3. Das Bisherige betraf den Fall, da der Käufer um deswillen nicht Eigenthümer geworden ist, weil der Käufer es nicht war. Der Grund kann nun aber auch bloß darin liegen, daß der Käufer das Kaufpretium noch nicht bezahlt hat. Es ist möglich, wie wir in der Folge sehen werden, daß die Tradition von Seiten des verkaufenden Eigenthümers den Käufer erst dann zum Eigenthümer macht, wenn er den Verkäufer in Hinsicht des Kaufpreises zufrieden gestellt hat. Ist dieses nun noch nicht geschehen, so wird der Verkäufer vindiciren, der Käufer aber wider die Klage die **Exceptio rei venditae et traditae** entgegensetzen können. Ist Verkauf und Tradition durch einen Bevollmächtigten des Eigenthümers bewerkstelliget, so kann natürlich das vorhin Gesagte nur insofern Anwendung finden, als der Bevollmächtigte in den Grenzen seiner Vollmacht stehen geblieben ist. Deshalb heißt es denn auch von diesem Falle: Wenn der Eigenthümer vindicirt, und zeigen kann, daß er seinen Bevollmächtigten angewiesen habe, die verkaufte Sache nicht eher zu tradiren, als bis der Kaufpreis erlegt sein werde — so steht ihm die **Exceptio rei venditae et traditae** nicht entgegen [3]).

1) Hieher gehören: **L. 1. pr. L. 2. D. d. exceptione rei venditae et traditae. XXI, 3.**

2) **L. 1. §. 1. D. eod. L. 14. C. h. t.**

3) **L. 1. §. 2. D. d. except. rei vend. et trad.**

Uebrigens geht unsere Einrede sowohl activ, als passiv, auf die Successoren über, selbst auf die bloß singulären Successoren. Sie geht activ auf die Successoren über, d. h. wie der Käufer sich ihrer bedienen kann, so auch dessen Successor; sie geht passiv auf die Successoren über, d. h. sie kann entgegengesetzt werden auch dem Successor desjenigen, wider den sie zunächst gerichtet ist. Dies ergibt sich nicht nur aus mehren der vorhin schon angeführten Stellen — sondern es wird überdies als allgemeiner Grundsatz aufgestellt [4]).

Bisher nun haben wir immer vorausgesetzt Verkauf und Uebergabe, und allerdings muß auch beides concurriren, wenn der Beklagte sich mit der **Exceptio rei venditae et traditae** soll schützen können. Ich muß indessen bemerken, daß dem Beklagten gelegentlich auch schon der bloße Verkauf eine Einrede gewähren kann, — dann nämlich, wenn er durch einseitige Besitzergreifung zum Besitz der gekauften Sache gelangt ist. Nämlich, sobald nur jene Besitzergreifung weder gewaltthätiger Weise, noch heimlich erfolgt ist, so hat der Käufer gegen die **Rei vindicatio** des Verkäufers die **Exceptio rei venditae** [5]).

§. 240.

2. Anderweitige Einreden.

Es fragt sich:

1. kann der Beklagte Ersatz verlangen des Preises, den er für die Sache gezahlt haben mag?

Der Regel nach nicht [1]). Es gibt indessen auch Ausnahmen. So, wenn der von dem Beklagten gezahlte Preis in des Klägers Nutzen verwandt ist [2]). Und ferner macht eine Ausnahme auch der Fall, da der Beklagte die Sache gar nicht zu eignem Vortheil an sich gebracht hat, sondern im Interesse des Klägers als **Negotiorum gestor**. Es finden dann die allgemeinen Grundsätze über die **Negotiorum gestio** Anwendung, welche wir kennen lernen werden im §. 645.

4) In **L. 3. D. eod.**
5) **L. 1. §. 5. D. eod.**
1) **L. 23. C. h. t. L. 2. C. d. furt. VI, 2.**
2) Beispiele enthalten **L. 14. L. 16. C. d. praediis et aliis reb. minor. etc. V, 71.**

2. Kann der Beklagte Gegenansprüche machen wegen Verwendungen?

Kosten, welche der Beklagte auf die von ihm zu restituirenden Früchte verwandt hat, kann er, er sei **bonae** oder **malae fidei possessor**, jederzeit in Abzug bringen, vorausgesetzt nur, daß er bei dem gemachten Aufwande das gehörige Maaß beobachtet hat, vorausgesetzt also, daß es **justi sumptus** sind, welche er aufgewandt hat [3]).

Anlangend die, auf die Sache selbst verwandten Kosten, so versteht es sich, daß der Kläger solche Kosten jederzeit ersetzen muß, welche mit seiner Genehmigung aufgewandt sind. — Außerdem sind nun aber ferner auch nothwendige Auslagen, **impensae necessariae**, etwas, was der Beklagte immer ersetzt verlangen kann, er sei **in bona** oder **in mala fide**. Ehe und bevor er Kosten dieser Art ersetzt erhalten hat, kann er nicht gezwungen werden, die Sache an den Kläger herauszugeben [4]).

Zu diesem nothwendigen Aufwande wird auch dasjenige gerechnet, was etwa der Beklagte zur Abfindung eines Pfandgläubigers gezahlt hat [5]).

In Ansehung aller übrigen Verwendungen auf die Sache, ist die Regel diese: lassen die angebrachten Verbesserungen oder Verzierungen sich von der Sache trennen, ist also Wegnahme möglich, so hat der Beklagte, er sei **bonae** oder **malae fidei possessor**, dieser Verwendungen halber Ansprüche. Wie diesen aber genügt werden soll, das hängt von der Wahl des Klägers ab: er kann gegen Erstattung des Werths die angebrachten Verbesserungen oder Verzierungen behalten — will er das aber nicht,

3) Ich verweise auf **L. 1. C. d. fructib. et lit. exp. VII, 51. Argum. L. 36. §. ult. D. d. H. P. V, 3.** Die Stelle spricht von der **Hereditatis petitio**; sie läßt sich aber auch anwenden auf die **Rei vindicatio**. Nur so weit geht allerdings die Analogie zwischen der **Hereditatis petitio** u. der **Rei vindicatio** nicht, daß der **bonae fidei possessor** auch solche auf die Fruchterzeugung verwandte Kosten ersetzt verlangen könnte, die überall keinen Ertrag gegeben haben. Bei der **Hereditatis petitio** ist es allerdings so — da kann der **bonae fidei possessor** auch die auf die Fruchterzeugung vergebens aufgewandten Kosten erstattet verlangen. **L. 37. d. H. P. V, 3.** Allein dies scheint auf die **Rei vindicatio** keine Anwendung zu finden. S. Glück, **VIII.** S. 301.

4) **L. 5. C. h. t.**

5) **L. 65. pr. D. h. t. L. 28. D. d. P. A. XIII, 7.**

so muß der Beklagte zufrieden sein, wenn ihm Wegnahme gestattet, wenn ihm das **Jus tollendi** eingeräumt wird. Ist die Wegnahme unmöglich, so kann der **Malae fidei possessor** gar keine Ansprüche machen, und auch der **Bonae fidei possessor** kann seine Verwendungen nur insoweit ersetzt verlangen, als sie dem Kläger in der That zum Vortheil gereichen und der Ersatz die Kräfte des Klägers nicht übersteigt [6]).

Nun aber ist noch Folgendes zu bemerken:

1. Der Beklagte kann die angebrachten Verbesserungen und Verzierungen immer nur insofern wegnehmen, als die Sache dadurch nicht schlechter wird, d. h. nicht schlechter, als sie vorher gewesen, ehe die Verbesserungen oder Verzierungen angebracht waren. Auch fällt das **Jus tollendi** weg, sobald die Hinwegnahme für den Beklagten ohne Nutzen ist [7]).

2. Wo der Beklagte auf der einen Seite Früchte lucrirt, auf der andern aber Verwendungen ersetzt verlangen kann — da muß er Eines gegen das Andere aufrechnen: nur der Ueberschuß der Verwendungen über den aus den Früchten gezogenen Vortheil ist es, wofür er Ersatz fordern kann [8]).

Der Ersatz der Verwendungen kann nur **per modum exceptionis** erlangt werden; es gibt keine Klage darauf [9]).

β. Von der Negatoria actio.

DIG. VII, 6. Si usufructus petatur, vel ad alium pertinere negetur. VIII, 5. Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

§. 241.

a. Im Allgemeinen.

Schon im §. 232. habe ich bemerkt: die **Negatoria actio** gewähre Schutz hinsichtlich solcher Eingriffe in das Eigenthums-

6) Wegen alles Angeführten verweise ich auf **L. 27. §. ult. bis L. 29. L. 37. L. 38. D. h. t. L. 5. C. eod.**

7) **cit. L. 38. D. cit. L. 5. C. h. t.**

8) **L. 48. L. 65. pr. D. h. t.**

9) **L. 48. D. h. t.** Vergl. die Grundsätze über die **Negotiorum gestorum actio.** Ueber die äußerst schwierige **L. 14. §. 1. D. communi divid. X, 3.**, womit zu verbinden ist **L. 29. pr. D. eod.** siehe Glück, **XI. S. 154.** folg. Die Praxis gestattet eine **utilis negotiorum gestorum actio.** Glück, **VIII. S. 309.** folg.

recht, welche nicht auf Entziehung des Besitzes gerichtet sind. Meistentheils wird die Veranlassung diese sein, daß Jemand sich unbefugter Weise eine Servitut an der Sache beilegt [1]); oder daß er einer ihm wirklich zustehenden Servitut eine größere Ausdehnung gibt, als recht ist [2]). Hieraus erklärt sich denn nun, warum in den Quellen von unserer Klage in solchen Titeln gerade gehandelt wird, welche sich auf die Servituten beziehen. Man muß indessen nicht glauben, daß die Anmaßung einer Servitut die einzige Veranlassung für unsere Klage sei. Auch ohne das kann Jemand uns in dem Genuß unseres Eigenthums stören, beeinträchtigen, so z. B. wenn Einer unter mehren Miteigenthümern sich herausnimmt, auf den gemeinschaftlichen Grund und Boden wider den Willen der Uebrigen ein Gebäude aufzuführen; oder wenn etwa eine benachbarte Wand sich gesenkt hat und nun mit ihrer Biegung in mein Gebäude einen halben Fuß oder mehr hineinragt u. s. w. [3]).

Besonders merkwürdig aber ist, was ich vorläufig auch schon im §. 232. bemerkt habe, daß diese Klage angestellt werden kann selbst in solchen Fällen, wo **de facto** noch gar keine Beeinträchtigung eingetreten ist, sondern nur Ansprüche gemacht werden, die einen künftigen factischen Eingriff als möglich besorgen lassen.

Und so kann also die **Negatoria actio** in zwei Fällen vorkommen:

1. Unter Umständen, durch welche derjenige, der sie anstellt, zu klagen genöthiget ist, indem er sein Recht nur auf diesem Wege geltend machen kann.

2. Aber auch in Fällen, wo diese Nöthigung nicht eintritt, wo er, wenn er wollte, es ruhig abwarten könnte, daß der Andere, der irgend ein Recht sich beilegt, gegen ihn klagt. Es kann also geschehen, daß der, welcher als Beklagter den Prozeß

1) §. 2. I. d. actionib. IV, 6. L. 5. pr. D. si ususfr. petat. VII, 6.

2) L. 9. pr. in den Worten »Contra si« u. s. w. L. 14. pr. D. si servit. vindic. VIII, 5.

3) Siehe L. 11. L. 17. L. 13. L. 14. §. 1. D. eod.

führen könnte, freiwillig als Kläger auftritt — weil er etwa wünscht, so schnell als möglich aufs Reine zu kommen [4]).

Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst, wer die Subjecte der **Negatoria actio** sind; namentlich auch dieses, daß der Kläger Eigenthümer sein muß [5]).

Der Zweck der Klage ist dieser:

Der Kläger will sein Eigenthumsrecht anerkannt wissen, und eben wegen dieses seines Eigenthumsrechts gegen die unbefugten Anmaßungen des Beklagten geschützt werden. Trägt er daher im Prozeß den Sieg davon, so müssen dem Beklagten die Eingriffe in das Eigenthumsrecht des Klägers, gegen welche die Klage gerichtet ist, untersagt werden. Weiter: das Unterlassen fernerer Beeinträchtigungen kann möglicher Weise die Wegnahme einer getroffenen Veranstaltung erfordern; dann muß diese dem Beklagten aufgegeben werden [6]). Gelegentlich kann es selbst auf die Herausgabe der Sache ankommen; dann nämlich, wenn etwa der Beklagte die Sache auf den Grund einer persönlichen Servitut, die er sich beilegt, detinirt. S. §. 232.

Ferner pflegt nun aber auch dem Beklagten im Urtheil zur Pflicht gemacht zu werden, daß er wegen Erfüllung desjenigen, was er zu thun oder zu unterlassen hat, Sicherheit leistet [7]).

Alles Bisherige bezog sich auf die Verhütung künftiger Beeinträchtigung. Indessen, hat der Beklagte durch seine bisherigen Eingriffe dem Kläger an dessen Vermögen bereits Schaden zugefügt, so ist es mit der bloßen Verhütung künftiger Ungebühr nicht gethan; der Beklagte muß auch für jenen Schaden Ersatz leisten. Dahin gehört denn namentlich dieses, daß Früchte, die etwa dem Kläger entzogen sind, diesem erstattet werden müssen [8]).

Etwas Eignes hat der Fall, da der Beklagte weder zugibt, noch auch dasjenige thut, was ihm nach den Gesetzen des Pro-

4) §. 2. I. d. act. IV, 6. L. 5. §. ult. D. si ususfr. petat. VII, 6.

5) L. 5. pr. D. eod. L. 2. pr. L. 4. §. 7. D. si servit. vindic. VIII, 5.

6) cit. L. 14. pr. D. si servit. vindic. L. 8. C. d. servitutib. III, 34.

7) L. 7. L. 12. D. si servit. vindic. VIII, 5.

8) L. 5. §. ult. D. si ususfr. petat. VII, 6. L. 4. §. 2. in f. D. si servit. vindic. VIII, 5.

zesses, zu seiner Vertheidigung zu thun obliegt. Alsdann wird ihm ohne Weiteres aufgegeben, Sicherheit zu leisten, daß er das Recht, dessen er sich etwa anmaßte, gegen den Kläger nicht ausüben wolle, ehe und bevor er seiner Seits deshalb geklagt, und den Prozeß gewonnen habe. Jenes Recht wird ihm also nicht geradezu abgesprochen, sondern er wird nur in die Lage versetzt, seiner Seits klagen zu müssen [9]).

§. 242.

b. Insbesondere hinsichtlich der Beweislast.

Läugnet der Beklagte, daß der Kläger Eigenthümer sei, so muß der Kläger sein Eigenthumsrecht darthun; vermag er dies nicht, so muß er schon darum allein den Prozeß verlieren, ohne alle Rücksicht darauf, ob dem Beklagten irgend ein Recht zusteht oder nicht [1]). Uebrigens muß ich bemerken, daß, in praxi wenigstens, bei der **Negatoria actio** von dem Kläger kein so strenger Beweis des Eigenthums gefordert zu werden pflegt, als bei der **Rei vindicatio** [2]).

Angenommen nun aber, der Beweis des Eigenthums ist erbracht, oder der Beklagte hat das Eigenthumsrecht des Klägers überall gar nicht einmal in Abrede gestellt — aber der Beklagte legt sich ein eignes beschränkendes Recht bei, er behauptet, die und die Servitut zu haben, während der Kläger dies läugnet. Hier braucht der Kläger die Nichtexistenz jenes Rechtes nicht zu erweisen. Denn in dem Begriffe des Eigenthums liegt an und für sich das Recht unbeschränkter, ausschließlicher Herrschaft über die Sache — eine Beschränkung kann nur dann erst angenommen werden, wenn sie besonders nachgewiesen ist [3]), — und sonach muß in unserem Falle der Beklagte die Existenz des von ihm behaupteten, beschränkenden Rechtes erweisen.

Im Ganzen genommen wird dies denn nun auch von allen Rechtsgelehrten anerkannt. Nur die Beurtheilung Eines Falles

9) L. 15. D. d. O. N. N. XXXIX, 1. in den Worten »Idemque e contrario« u. s. w. S. d. folg. §. und vgl. Rudorff in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. Bd. IX. S. 34.

1) L. 5. pr. D. si ususfr. petat. VII, 6.

2) Glück, X. S. 247. folg.

3) Vgl. L. 10. C. d. pignerat. act. IV, 24.

ist im höchsten Grade streitig. Ich meine den Fall, da der Beklagte den Besitzstand für sich hat. Die Einen sagen: auch hier findet die Regel Anwendung; der Besitzstand befreit den Beklagten keinesweges von der Last des Beweises. Andere dagegen behaupten, dieser Fall bilde eine Ausnahme von der Regel, der Beklagte habe nicht nöthig, die Existenz des Rechtes, welches er sich beilege, darzuthun — sondern es sei vielmehr des Klägers Sache, die Nichtexistenz jenes Rechtes zu erweisen. Diese Ansicht aber ist unrichtig. Die Vertheidiger derselben suchen sie zunächst durch allgemeine Raisonnements zu rechfertigen, die jedoch so schwach sind, daß es eben deshalb nicht der Mühe lohnt, dabei zu verweilen. Aber sie berufen sich außerdem auch auf eine einzelne Pandektenstelle, die wegen ihrer Beziehung auf unsere Controverse zu einer ganz besondern Celebrität gelangt ist. In allen Lehrbüchern wird sie angeführt; die Einen führen sie an, um die hier bestrittene Ansicht durchaus zu rechtfertigen; die Andern, um zu zeigen, daß diese Ansicht in der Stelle nicht gegründet sei. Es ist daher nothwendig, diese Stelle näher kennen zu lernen.

Sie ist die **L. 15. D. d. O. N. N. XXXIX, 1.:**

»Si, priusquam aedificatum esset, ageretur, jus vicino non esse, aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur: partes judicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere juberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, jus sibi esse, altius tollere. Idemque e contrario, cum quis agere vellet, jus sibi esse, invito adversario altius tollere, eo non defendente, similiter, inquit, officio judicis continebitur, ut cavere adversarium jubeat, nec opus novum se nuntiaturum, nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is, qui rem non defendet, punietur, ut de jure suo probare necesse habeat: id enim est, petitoris partes sustinere.«

Erläuterung. Die Verschiedenheit der Lesarten darf, da sie auf den Sinn keinen Einfluß hat, übergangen werden. Was

aber den Sinn der Stelle betrifft, so bezeichnet der Jurist zwei Fälle, den einen in den Worten »**Si priusquam . . . . . : altius tollere**«, den andern in den Worten »**Idemque e contrario . . . . . vim facturum**«; auf beide bezieht sich die Schlußbemerkung »**Eaque ratione**« u. s. w.

Der erste Fall ist dieser: **A.** legt sich an einem von **B.** besessenen Gebäude die **Servitus altius non tollendi** bei, und stellt deshalb, noch ehe **B.** in der That höher gebau't hat, gegen diesen die **Confessoria actio** an; **B.** aber entzieht sich demjenigen, was nach den Gesetzen des Prozesses dem Beklagten zu thun obliegt. Hier soll der Richter dem **B.** aufgeben, Sicherheit zu leisten, daß er nicht höher bauen werde, ohne zuvor seiner Seits (**ultro**) wegen der Befugniß dazu geklagt, d. h. die **Negatoria actio** angestellt zu haben. Diese richterliche Verfügung nun ist allerdings geeignet, dem **A.**, Falls er bis dahin noch nicht besaß, hinsichtlich der behaupteten Servitut den Besitz zu verschaffen. Und ferner sieht **B.** sich nunmehr, zur Strafe für seine Contumaz, in die Nothwendigkeit versetzt, die Rolle des Beklagten, wobei er von aller Beweislast frei gewesen wäre, aufzugeben; er muß als Kläger auftreten, und hat als solcher den Grund seiner Klage zu erweisen; also, da die Klage die **Negatoria actio** ist, sein Eigenthumsrecht an dem Gebäude. Aber, daß er, wegen des Besitzstandes des **A.**, noch mehr, als dieses, daß er auch die Nichtexistenz der angeblichen Servitut zu erweisen habe; davon sagt der Jurist nichts.

Der zweite Fall ist folgender: Nicht von **A.** geht der erste Impuls aus, sondern von **B.**; dieser stellt wegen der behaupteten Servitut die **Negatoria actio** an, und **A.** ist es, durch dessen Schuld der regelmäßige Gang des Verfahrens gehemmt wird. Auch hier soll der Richter den Beklagten zur Sicherheitsleistung anhalten; und zwar soll **A.** sich verpflichten, den **B.** weder mittelst einer **Operis novi nuntiatio**, noch im Wege der Gewalt am Höherbauen zu hindern. Durch diese Maßregel wird **A.**, Falls er im Besitze war, des Besitzes entsetzt; und zugleich trifft ihn, zur Strafe für seine Contumaz, der Nachtheil, daß er sich nur noch durch Anstellung der **Confessoria actio** helfen kann, bei welcher die Beweislast nothwendig

auf ihn fällt. Ganz unzulässig aber ist es, hieraus den Schluß zu ziehen, daß **A.** außerdem, als Beklagter und Besitzer, gar nichts zu beweisen gehabt hätte. Die Sache ist vielmehr nur die: hätte **A.** die Rolle des Beklagten fortgesetzt, so wäre es möglich gewesen, daß, ohne alle Beweisführung von seiner Seite, der Prozeß einen für ihn günstigen Ausgang genommen hätte; dann nämlich, wenn er das Eigenthumsrecht des **B.** in Abrede gestellt, und dieser es nicht zu beweisen vermocht hätte. Jetzt aber ist diese Möglichkeit aufgehoben; bei der **Confessoria actio** kommt es auf das Eigenthumsrecht des Beklagten nicht an; der Ausgang des Prozesses hängt lediglich von der Existenz der Servitut ab, welche, im Ablaugnungsfall, der Kläger erweisen muß, wenn er anders den Sieg davon tragen will. Der Nachtheil, welchen **A.** von seiner Contumaz hat, besteht demnach nicht darin, daß von einem ihm obliegenden Beweise überhaupt nur jetzt erst die Rede sein könnte; sondern, daß ein Beweis, den er sich möglicher Weise hätte ersparen können, nunmehr für ihn unvermeidlich geworden ist.

III. Erwerb des Eigenthums. (§. §. 243 — 283.)

A. Von dem Erwerbe des Eigenthums im Allgemeinen.

† **INST. II, 1. De divisione rerum et qualitate.** — † **DIG. XLI, 1. De acquirendo rerum dominio.**

§. 243.

a. Systematische Uebersicht über die hier ausführlicher abzuhandelnden Erwerbarten.

Die Eintheilung der Erwerbarten in solche, welche sich aus dem **Jus gentium**, und in solche, welche sich aus dem **Jus civile** herschreiben [1]), welche in den Institutionen der Darstellung der einzelnen Erwerbarten zu Grunde gelegt wird, ist für uns, da sie nicht auf der inneren Natur der verschiedenen Erwerbarten, sondern nur auf ihrem historischen Ursprunge beruhet, ohne praktische Bedeutung. Daher soll hier ein anderer Plan befolgt werden. Die Grundeintheilung dabei ist die in ur-

1) **L. 1. pr. D. h. t. XLI, 1. §. 11. I. d. div. rer. II, 1.**

sprünglichen und abgeleiteten Erwerb. Mit jenem soll der Anfang gemacht werden. Ein eigenes Bewandtniß hat es nun aber mit dem Erwerb des Eigenthums an den Früchten einer fremden Sache. Ueber die Natur dieses Erwerbes gibt es verschiedene Ansichten. Es scheint, man muß sagen: er ist theils ein ursprünglicher, theils ein abgeleiteter. Darum soll von ihm ganz zuletzt gehandelt werden.

Die Classification der Erwerbarten nach dem angedeuteten Principe ist folgende:

I. Ursprünglicher Erwerb.

A. Selbständiger Erwerb, im Wesentlichen unabhängig von den factischen Beziehungen desjenigen, was erworben werden soll, zu demjenigen, was dem Erwerber bereits gehört.

a. Erwerb des Eigenthums an einer herrnlosen Sache — durch Occupation. §. 245.

b. Erwerb des Eigenthums an der Sache eines Andern:

α. Durch Cultur wüst liegender Ländereien. §. 246.

β. Durch Specification. §. 247.

γ. Durch Ersitzung. §. §. 248 — 267.

δ. Im Fall einer Veräußerung durch den Fiscus. §. 268.

B. Abhängiger Erwerb, Erwerb durch Accession, wesentlich bedingt durch die factischen Beziehungen desjenigen, was erworben werden soll, zu etwas Anderem, dem Erwerber bereits Gehörigem.

a. Erwerb wegen Verbindung.

α. Auf den Grund früherer, aufgehobener Verbindung — durch Erzeugung aus einer eignen Sache. §. 269.

β. Auf den Grund bestehender Verbindung.

a. Im Fall einer Verbindung unbeweglicher Gegenstände unter einander. §. 270.

b. Bei einer Verbindung des Beweglichen mit dem Unbeweglichen:

1. Durch Bauen. §. 271.
2. Durch Pflanzen und Säen. §. 272.

c. Im Fall einer Verbindung beweglicher Gegenstände unter einander.

1. Bei einer Verbindung ohne s. g. Confusio. §. 273.
2. Bei einer Verbindung durch Confusio. §. 274.

b. Erwerb wegen Vermengung. §. 275.

C. Gemischter Erwerb: Erwerb des Eigenthums an einem gefundenen Schatze. §. 276.

II. Abgeleiteter Erwerb; Erwerb durch Succession.

A. Erwerb auf den Grund willkührlicher Uebertragung von Seiten des bisherigen Eigenthümers — durch Tradition. §. §. 277. 278.

B. Uebergang des Eigenthums unabhängig von der Willkür des bisherigen Eigenthümers:

a. Durch Adjudication. §. 279.
b. Wegen nicht erstatteter Reparaturkosten. §. 280.
c. Wegen Zolldefraudation. §. 281.

* Erwerb des Eigenthums an den Früchten einer fremden Sache. §. §. 282. 283.

§. 244.

b. Summarische Bezeichnung der übrigen Erwerbarten.

Außer den hier ausführlich abgehandelten Erwerbarten gibt es nun aber noch manche, die zu andern Lehren in einer so nahen Beziehung stehen, daß ihre Erörterung von diesen Lehren nicht wohl getrennt werden kann. Eine Uebersicht darüber muß aber allerdings schon hier gegeben werden.

Zu denselben gehört:

I. Der Rückfall an den früheren Eigenthümer bei vertragsmäßiger Uebertragung des Eigenthums unter hinzugefügter Resolutivbedingung. (Vergl. §. 220.)

II. Der Erwerb von Seiten des Pfandgläubigers durch

erwirkte Zuerkennung des Eigenthums an der verpfändeten Sache. (Das Nähere in Kap. V. dieses Buches.)

III. Der bei verschenkten Sachen unter gewissen Voraussetzungen **ipso jure** erfolgende Rückfall an den Schenker. (Das Nähere im Obligationenrecht; wo denn auch die Frage wird erörtert werden, nach welchen Grundsätzen, bei Schenkungen von Todes wegen, der Beschenkte Eigenthum erwirbt.)

IV. Der Eigenthumserwerb durch **In possessionem missio** bei verweigerter **Damni infecti cautio.** (Das Nähere ebenfalls im Obligationenrecht.)

V. Der bei aufgelöst'er Ehe eintretende Uebergang des dem Manne an den Dotalsachen zustehenden Eigenthums auf die Frau.

VI. Der Eigenthumserwerb in Folge von Scheidungsstrafen.

VII. Der Eigenthumserwerb zu Gunsten der aus früherer Ehe vorhandenen Kinder im Fall der Wiederverheirathung des Vaters, oder der Mutter. — (Das Nähere über V. VI. VII. im Familienrechte.)

VIII. Der Eigenthumserwerb durch directe Beerbung eines Verstorbenen.

IX. Der Uebergang des Eigenthums von dem **Fiduciarius heres** auf den **Fideicommissarius**, inwieweit er durch die bloße Erklärung des Fiduciars, daß er die Erbschaft herausgebe, bewirkt wird.

X. Der Erwerb auf den Grund eines Legates, welches darauf abzweckt, eine dem Testator gehörige Sache in das Eigenthum des Legatars zu übertragen.

XI. Der Erwerb des Eigenthums an demjenigen, was einem in einem letzten Willen Bedachten seiner Unwürdigkeit halber entrissen wird. (Das Nähere über VIII. IX. X. XI. im Erbrecht.)

XII. Der Eigenthumserwerb im Fall der Confiscation eines ganzen Vermögens. §. 7. I. de societate. III, 25. (26.)

XIII. In einem gewissen Sinne sind hierher auch noch die Fälle zu rechnen, in welchen die durch einen Dritten vorgenommene Verwendung unseres Geldes zum Ankauf einer Sache uns das Recht einer **Utilis vindicatio** gibt. (Vergl. §. 234.)

B. Einzelne Erwerbarten. (§. §. 245—283.)

§. 245.

a. Erwerb durch Occupation.

Die allgemeinen Voraussetzungen für diesen Erwerb sind folgende:

Zuerst wird vorausgesetzt das Vorhandensein einer **Res nullius.** Dahin gehört jede Sache, von der man annehmen kann, daß sie überhaupt noch in Niemandes Eigenthum gewesen sei [1]). Aber auch jede, welche aufgehört hat, einen Eigenthümer zu haben. In diese letzte Kategorie gehören:

1. derelinquirte Sachen, **Res pro derelicto habitae** [2]). Man derelinquirt aber eine Sache, wenn man den Besitz derselben in der Absicht aufgibt, sie nicht länger als die Seinige anzusehen; vorausgesetzt nur, daß man nicht etwa Besitz und Eigenthum auf einen bestimmten Andern überträgt; denn sonst haben wir eine Tradition, keine Dereliction. In der Lehre vom Verlust des Eigenthums wird der Begriff der Dereliction näher erörtert werden.

2. Ferner gehört hierher dieses: wenn ich Eigenthümer bin eines wilden Thieres, und dieses sich meinem Besitze entzieht, so hört mein Eigethumsrecht auf und das Thier wird zu einer **Res nullius.** Auch hierauf werde ich in der Lehre vom Verluste des Eigenthums zurückkommen.

3. Es kann eine Sache für uns auch dadurch aufhören, eine **Res alicujus** zu sein, und also zu einer **Res nullius** werden, daß wir aufhören, das Recht des Eigenthums anzuerkennen; wie im Kriege geschieht. Das Nähere erspare ich bis nachher.

Zweitens wird nun aber vorausgesetzt, daß derjenige, welcher erwerben soll, an der vorhandenen **Res nullius** Besitz ergreife: durch diese Besitzergreifung wird er Eigenthümer.

Was nun aber die einzelnen Arten des Eigenthumserwerbs durch Occupation anbelangt, so unterscheidet man vor allem die Occupation im Kriege — Eroberung, Erbeutung —

1) §. 18. I. d. div. rer. II, 1. 2) §. 47. I. eod. L. 1. L. 2. D. pro derelicto. XLI, 7.

von der Occupation im Frieden. Hier aber bezeichnet man wieder die Occupation solcher Thiere, die einer wilden Gattung angehören, mit dem Ausdruck **Venatio**, welcher Ausdruck in seiner weiteren Bedeutung auch das **Aucupium** und die **Piscatio** in sich begreift. Die Occupation solcher beweglichen Sachen aber, welche nicht in die Kategorie der wilden Thiere gehören, sie seien leblos oder lebendig, heißt **Inventio**, das Finden. Für die Occupation unbeweglicher Sachen hat man keinen eigenthümlichen Ausdruck.

Einer besondern Erörterung bedarf übrigens nur die **Venatio** und die Occupation im Kriege, die s. g. **Occupatio bellica.**

Die Röm. Grundsätze in Hinsicht der **Venatio** sind folgende:

Ein zu einer wilden Gattung gehöriges Thier, welches von Niemanden besessen wird, ist immer eine **Res nullius** und deshalb Gegenstand der Occupation. Indem ich es in Besitz nehme, werde ich Eigenthümer.

Auf den Ort der Occupation kommt nichts an. Wilde Thiere, die ich auf fremdem Boden occupire, gehören mir nicht weniger, als die auf eignem Grund und Boden occupirten. Allerdings aber darf ich den Grund und Boden des Andern, wenn dieser es mir verbietet, überall gar nicht betreten. Thue ich es dennoch, so verletze ich sein Eigenthumsrecht. Aber auch so werde ich doch Eigenthümer des occupirten Thieres [3]).

Jagd und Fischerei werden heutiges Tages häufig als Regalien betrachtet, also als Rechte, welche, außer dem Fall besonderer Verleihung, nur dem Staate zustehen. Inwieweit nun aber Jagd und Fischerei kein Regal sind, insofern sieht man sie an, als Zubehörung des Grundeigenthums, so daß auf meinem Grund und Boden, außer mir, kein Anderer dazu berechtigt ist [4]).

Rücksichtlich der Occupation im Kriege gehen die Römischen Juristen, in Uebereinstimmung mit dem, was sie **Jus gentium** nennen, von der Ansicht aus: der Feind ist durchaus rechtlos; seine Persönlichkeit wird nicht beachtet; und so sind nicht nur

3) §. §. 12—16. I. d. rer. div. II, 1. L. 1. §. 1. L. 3. bis L. 5. §. 6. D. h. t. (XLI, 1.)

4) Eichhorn, Einleit. in das deutsche Privatr. §. §. 269. 284.

seine Sachen, als **Res nullius** zu betrachten, sondern sogar er selbst ist Gegenstand der Occupation durch Gefangennehmung.

Gehen wir nun aber mehr ins Einzelne, so finden wir: die Occupation im Kriege bietet einen doppelten Gesichtspunkt dar: Anders betrachtet den nun zu begründenden Erwerb der Occupirende — und anders derjenige, auf dessen Kosten die Occupation erfolgt. Wir wollen uns zunächst auf den ersten Standpunkt stellen: der Occupirende achtet zu dem beabsichtigten Erwerbe weiter nichts für nöthig, als das bloße Factum der Besitzergreifung [5]). Fragen wir aber, wem denn nun eigentlich eine solche Besitzergreifung zu Statten komme, so ist die Antwort diese:

Unbewegliche Sachen werden durch Eroberung Eigenthum des Staates [6]).

Dasselbe gilt auch von beweglichen Sachen, inwieweit sie im Dienste des Staates erbeutet werden. Außerdem aber fällt die Beute dem Einzelnen zu, welcher sie eben macht; und zwar ist, Beute zu machen, nicht etwa nur der Soldat, sondern Jeder berechtigt; und ebensowenig kommt es darauf an, ob der Beraubte die Waffen trägt, oder nicht [7]).

Stellen wir uns nun aber zweitens auf den Standpunkt des Verlierenden — so finden wir: dieser achtet sein Eigenthum an beweglichen Sachen nicht eher für verloren, als bis der Feind diese Sachen in Sicherheit gebracht hat: der Feind muß sie **intra praesidia sua** gebracht haben [8]). Außerdem kommt nun aber von dem Standpunkte des Verlierenden aus, auch noch dieses in Betracht: selbst das wirklich und in der That Verlorne kann man durch das **Jus postliminii** wieder erlangen. Diese, durch feindliche Occupation verloren gegangenen Sachen kehren in das Eigenthum des ehemahligen Eigenthümers zurück, sobald sie der Gewalt des Feindes entrissen sind, und sich nun wieder in der Gewalt der Unsrigen befinden. Und zwar gilt dies von unbeweglichen Sachen schlechthin [9]). Was aber die beweglichen

5) §. 17. I. d. div. rer. II, 1. L. 5. §. ult. D. h. t.

6) L. 20. §. 1. D. d. captiv. et de postlim. XLIX, 15.

7) L. 51. §. 1. D. h. t. L. 12. pr. D. d. captiv. et de postlim. XLIX, 15.

8) L. 5. §. 1. D. eod.

9) cit. L. 20. §. 1. D. d. captiv. et de postlim.

Sachen anbelangt, so findet hier das **Jus postliminii** nicht bei allen Statt, z. B. nicht bei Waffen [10]).

Soviel über die Römischen Grundsätze von der s. g. **Occupatio bellica**. — Was die heutige Anwendbarkeit dieser Grundsätze betrifft, so werden:

1. unbewegliche Sachen nicht mehr als Gegenstand der s. g. **Occupatio bellica** angesehen.

2. Rücksichtlich beweglicher Sachen gilt als Regel, daß nur Sachen des Staates und solche Sachen, die feindliche Krieger mit sich führen, als Gegenstand der Beute betrachtet werden. Eine Ausnahme tritt da ein, wo Plünderung gestattet wird. Ferner ist es Regel: nur der Soldat ist Beute zu machen befugt.

Was den Seekrieg betrifft, so ist rücksichtlich der Objecte der Occupation so viel außer Streit, daß alle feindliche Schiffe, und alle feindliche Güter, womit diese beladen sind, ebenso Kriegsbedürfnisse, welche auf neutralen Schiffen dem Feinde zugeführt werden — Kriegs-Contrebande — Gegenstand der Erbeutung sind. Aber streitig ist: ob feindliches Gut auch von neutralen Schiffen genommen werden könne? desgleichen neutrales Gut von feindlichen Schiffen?

Subject des Erwerbes ist in der Regel der Staat. Häufig indessen wird vom Staate auch einzelnen Privatpersonen die Erlaubniß zur Kaperei gegeben. Diese Erlaubniß pflegt schriftlich ertheilt zu werden mittelst eines Kaperbriefs, oder wie man auch sagt, Markbriefs (**Lettre de marque**). Uebrigens muß der Kaper, wenn er ein feindliches Schiff genommen hat, dieses nach einem Hafen seines Landes führen, und hier erst bei den Gerichten darauf antragen, daß das Schiff für gute Prise, d. h. für rechtmäßig genommen erklärt werde. Zum Behuf dieser rechtlichen Beurtheilung sind eigene Gerichte angeordnet, die s. g. Prisen-Gerichte.

Zuletzt muß ich noch bemerken, daß im Allgemeinen auch heutiges Tages noch das **Jus postliminii** gilt. Häufig indessen ist es durch besondere Landesgesetze eigenthümlichen Beschränkungen unterworfen.

10) **L. 2. L. 19. §. 5. D. eod.**

§. 246.

b. Erwerb durch Cultur wüst liegender Ländereien.

In der **L. 8. C. d. omni agro deserto etc. XI, 58.** findet sich folgende Bestimmung: Wenn der Eigenthümer eines ländlichen Grundstückes dieses wüst liegen läßt, und ein Anderer das Grundstück zwei Jahre lang cultivirt, ohne daß der Eigenthümer Einspruch thut; so soll dieser sein Eigenthumsrecht verlieren, und es soll nunmehr der Anbauer Eigenthümer des Grundstückes sein. Einige Neuere haben dies für eine Art Occupation angesehen [1]). Allein es wird hier gar nicht Dereliction vorausgesetzt. Es ist nicht die Rede von einer **Res nullius.** Außerdem würde es auch nicht der Cultur und eines zweijährigen Zeitablaufes bedürfen; die bloße Besitzergreifung würde Eigenthum begründen.

Also es ist eine eigene Erwerbart, allerdings aber der Occupation verwandt.

§. 247.

c. Erwerb durch Specification.

I. Von der factischen Natur der Specification.

Wenn man sich des Ausdrucks Specification bedient, so denkt man sich darunter die wesentliche Umwandlung einer Sache: eine bloße Modification fällt nicht unter den Begriff der Specification. Dabei entsteht aber natürlicher Weise die Frage, was denn nun für eine wesentliche Umwandlung gelten könne? Eine Umwandlung dieser Art findet Statt:

Erstens, wenn ein roher Stoff eine äußere Gestaltung erhält, wodurch er für einen bestimmten Zweck eigens qualificirt wird — so daß nun diese Gestaltung als das Wesentliche, der Stoff als das Unwesentliche erscheint. So z. B. wenn aus rohem Metall ein Gefäß gebildet, rohe Wolle zu einem Gespinnst oder Gewebe verarbeitet, aus rohem Holz ein Schiff gebaut, ein Hausgeräth verfertigt wird u. s. w. Und was ich hier von ro-

1) So Schweppe, Röm. Privatr. §. 239. Ferner Wening-Ingenheim, gem. Civilr. Buch II. §. 38.

hem Stoffe gesagt habe, das gilt auch von schon gestaltetem Stoffe, inwiefern er als roher Stoff, also ohne Rücksicht auf die Gestaltung, die er bereits hat, behandelt wird.

Zweitens findet eine wesentliche Umwandlung Statt, wenn ein roher Stoff, seiner innern Qualität nach, in einen wesentlich verschiedenartigen verwandelt wird, so daß er nun zu einer neuen Gattung oder mindestens zu einer neuen Art von Stoffen gehört. So wenn aus Oliven Oel, aus Trauben Wein bereitet wird.

Also — unter den hier bezeichneten Voraussetzungen ist die Veränderung, welche mit einer Sache vorgeht, Specification. Dagegen, wo es an dieser Voraussetzung fehlt, da haben wir eine bloße Modification. Uebrigens läßt die Anwendung der hier gegebenen Regeln der Willkür immer noch einen gewissen Spielraum offen. Denn absolut kann die Grenze nicht bestimmt werden, diesseits welcher die äußere Gestaltung anfängt, als das Wesentliche betrachtet zu werden — oder diesseits welcher bei einer Veränderung der innern Qualität, eine neue Gattung oder Art beginnt. Wir haben es hier mit relativen Begriffen zu thun. Meistenstheils wird man sich indessen, in zweifelhaften Fällen, daran halten können, ob der Gegenstand, wegen der mit ihm vorgegangenen Veränderung, einen neuen, eigenthümlichen Namen erhält, oder nicht. In jenem Fall wird man im Zweifel eine Specification anzunehmen haben.

II. Von den Voraussetzungen, unter welchen die Specification eine eigenthümliche Erwerbart des Eigenthums ist.

1. Die Umwandlung der Sache muß absichtlich veranstaltet sein. Ist sie auf Rechnung des Zufalls zu setzen, so gehört sie nicht hierher.

2. Wenn Jemand mit seiner eigenen Sache und zwar nur mit dieser eine Specification vornimmt, so ist er allerdings Eigenthümer der neuen Species. Aber man betrachtet dies weniger aus dem Gesichtspunkte eines neuen Erwerbes des Eigenthums, als vielmehr aus dem Gesichtspunkte eines, unter veränderten Umständen, fortgesetzten Eigenthums. Und sonach wird hier nur

der Fall zu berücksichtigen sein, da Jemand fremden Stoff specificirt hat, sei es nun, daß die Specification sich bloß auf einen solchen bezieht, oder zugleich auch auf eigenen.

3. Soll die Specification eine eigenthümliche Erwerbart des Eigenthums sein, so darf sie nicht erfolgt sein mit der Zustimmung desjenigen, dem der specificirte Stoff angehört. Nämlich: denken wir uns, ich specificire einen fremden Stoff mit des Eigenthümers Zustimmung und in seinem Namen, so daß ich für ihn die Specification vornehme; das ist gerade so gut, wie wenn er selbst und in eigener Person specificirte — und so gehört um deswillen der Fall nicht hierher. Nehme ich aber, mit des Eigenthümers Zustimmung, die Specification in eigenem Namen vor, in der Absicht, selbst Eigenthümer der neuen Species zu werden; so findet allerdings von meiner Seite ein Eigenthumserwerb Statt; aber dieser Eigenthumserwerb beruhet offenbar auf Tradition — die Specification ist nur etwas, was nebenher dabei vorkommt. Und was von diesem Falle gilt, ganz dasselbe gilt auch alsdann, wenn ich mit des Eigenthümers Zustimmung die Specification im Namen irgend eines Dritten, als dessen Stellvertreter, vornehme [1]). Also — die Specificacion muß vorgenommen sein, ohne Zustimmung desjenigen, welchem der specificirte Stoff angehört.

4. Nun kommt es aber auch noch an auf die materielle Beschaffenheit der Specification. Damit verhält es sich so: zunächst wollen wir uns den Fall denken, daß Jemand einen durchaus fremden Stoff specificirt hat — ohne von eigenem Stoffe etwas hinzuzunehmen. Ueber die Beurtheilung dieses Falles gab es unter den classischen Juristen drei verschiedene Meinungen, welche alle drei in den Justinianischen Rechtsquellen angeführt werden [2]):

Wie nämlich die bekannten beiden juristischen Secten der Sabinianer und der Proculianer in so mancher andern Beziehung entgegengesetzter Meinung waren, so auch hier. Die Sabinianer hielten dafür, daß dem Eigenthümer des Stoffes jederzeit auch die neue, daraus hervorgebrachte Species gehöre,

1) L. 25. D. h. t. (XLI, 1.) 2) Siehe L. 7. §. 7. D. h. t. wobei zu vergleichen ist L. 24. D. eod. §. 25. I. d. div. rer. II, 1.

und somit sprachen sie dem Specificirenden allen Eigenthumserwerb ab. Gerade umgekehrt behaupteten die Proculianer, die neue Species gehöre immer demjenigen, der sie hervorgebracht habe. Zwischen diesen beiden entgegengesetzten Meinungen schlugen indessen einige Rechtsgelehrte einen Mittelweg ein. Nach dieser dritten Ansicht nämlich kommt es wesentlich darauf an, ob der frühere Zustand des Stoffes wieder hergestellt werden kann, oder nicht. Im ersten Falle gehört die neue Species dem Eigenthümer des Stoffes — so z. B. wenn aus rohem Metall ein Gefäß gebildet ist; im zweiten Falle aber ist derjenige Eigenthümer der neuen Species, der sie hervorgebracht hat; so z. B. wenn rohe Bretter zu einem Hausgeräth verarbeitet sind. Diese letzte Ansicht nun ist diejenige, welche in den Hauptstellen über diese Materie und namentlich in den Institutionen (s. Note 2.) als die richtige bezeichnet wird. Hiermit stimmen denn auch die meisten anderen Stellen überein [3]). Dagegen wird in Einer Stelle der Pandekten [4]) der Ansicht der Sabinianer der Vorzug gegeben. Indessen, daß diese Stelle unverändert in die Pandekten aufgenommen ist, das beruht offenbar auf einem bloßen Versehen der Compilatoren.

So verhält es sich, wenn Jemand fremden Stoff specificirt, ohne etwas von eigenem Stoffe hinzuzuthun. Wie nun aber, wenn Jemand fremden und eigenen Stoff gemeinschaftlich specificirt? Hier scheint nie daran gezweifelt worden zu sein, daß die neue Species jederzeit demjenigen gehöre, der sie hervorgebracht hat. Einige Neuere zwar meinen, daß es auch hier darauf ankomme, ob der frühere Zustand wieder hergestellt werden könne, oder nicht; aber das ist unrichtig, wie sich aus den ausdrücklichen Bestimmungen unserer Quellen ergibt [5]).

Uebrigens kommt es, inwieweit bloß von dem Eigenthumserwerbe durch Specification die Rede ist, nicht in Betracht, ob der Specificirende **bona** oder **mala fide** zu Werke gegangen ist.

3) Siehe **L. 24. L. 26. pr. D. h. t.** In **L. 24.** haben die **Vulg.** und die **Hal.** richtig »**reverti possunt**«, während der **Cod. Flor.** »**reverti non possunt**« lies't.

4) In der **L. 12, §. 3. D. ad exhibend. X, 4.**

5) **cit. §. 25. I. d. rer. div. II, 1. Theoph. ad h. l. et II, 9, §. ult.**

III. Von den Entschädigungsansprüchen desjenigen, welcher durch Specification aufhört, Eigenthümer zu sein.

Kann derjenige, welcher sein Eigenthum einbüßt, Entschädigung verlangen, und wie wird er sich diese verschaffen können? Hiebei macht es einen großen Unterschied, ob der Specificirende in bona oder in mala fide war. — Denken wir uns zuerst, der Specificirende war in mala fide; da werden wir so sagen können:

Durch die Specification ist die Sache, deren Eigenthum ich verloren habe, gewissermaßen untergegangen; das jetzt Vorhandene ist etwas Anderes, als dasjenige, was früher vorhanden war. Niemand also ist da, den ich als wirklichen Inhaber meiner Sache in Anspruch nehmen könnte. Aber derjenige, welcher **mala fide** meine Sache specificirt hat, der ist Einer, **qui dolo fecit, quominus possideret** — und so werde ich also gegen ihn, als einen **fictus possessor**, die **Rei vindicatio** anstellen und mit dieser den Werth der Sache erhalten können. Oder ich werde zu demselben Zwecke noch leichter durch die **Ad exhibendum actio** gelangen können. Denn wenn ich gegen Jemand auf Exhibition einer Sache klage und er ein Solcher ist, **qui dolo fecit, quo minus exhibendi facultatem habeat**, so kann ich von ihm die Leistung des Interesse fordern [6]).

Nun aber ist ferner zu erwägen: es ist nicht wohl anders möglich, als daß derjenige, welcher **mala fide** eine Sache specificirt, sich zugleich eines Furtums schuldig macht, und daher werde ich dann gegen ihn auch die persönlichen Klagen aus dem Furtum haben: **Condictio furtiva** und **Furti actio** [7]).

Ging der Specificirende **bona fide** zu Werke, so fallen die bisher bezeichneten Klagen weg, aber es gibt gegen den Specificirenden wenigstens eine **In factum actio** auf so viel, als er durch die Specification bereichert ist [8]).

6) Hieher gehört die citirte **L. 12. §. 3. D. ad exhib. X, 4.** (s. den Text zu Note 4.), die insoweit sie sich auf die **ad exhibendum actio** bezieht, mit den Grundsätzen des Justinianischen Rechts vollkommen übereinstimmt. Vergl. **L. 9. §. 3. D. eod.**

7) **L. 52. (53.) §. 14. D. d. furt. XLVII, 2.**

8) Argum. **L. 23. §. 5. med. D. d. R. V. VI, 1.**

IV.

Zuletzt ist hier noch ein ganz specieller Fall zu erwähnen. In der angeführten L. 7. §. 7. D. h. t. (Not. 2.) wird zu Anfange, unter andern Beispielen von Specification, auch das Dreschen angeführt. Am Schluß der Stelle aber sagt Gajus: mir scheinen doch diejenigen Recht zu haben, welche behaupten, durch das Dreschen werde überall keine neue Species geschaffen, sondern das Dreschen diene nur dazu, die schon vorhandenen Körner von der Hülle zu befreien, in der sie sich befinden. Und daher gehören die ausgedroschenen Körner auf jeden Fall dem Eigenthümer der Aehren. Diese Ansicht ist offenbar die richtige; sie beruht auf der Natur der Sache. Uebrigens ist diese Pandektenstelle für die unter Note 2. gleichfalls angeführte Institutionenstelle benutzt worden. Da wird denn auch zu Anfang das Dreschen als Specification bezeichnet, aber die Berichtigung am Ende ist weggelassen. Indessen: die Verfasser der Institutionen haben dies gewiß nicht gethan, weil sie anderer Meinung gewesen wären: und daher gehen die Pandekten hier den Institutionen vor.

d. Erwerb durch Ersitzung. (§. §. 248 – 267.)

† **INST. II, 6. De usucapionibus et longi temporis possessionibus.**

— † **DIG. XLI, 3. De usurpationibus et usucapionibus.** — **COD. VII, 30. Communia de usucapionibus. VII, 31. De usucapione transformanda, et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi. VII, 33. De praescriptione longi temporis decem vel viginti annorum. VII, 34. In quibus causis cessat longi temporis praescriptio. VII, 35. Quibus non objicitur longi temporis praescriptio. VII, 39. De praescriptione XXX vel XL annorum.**

aa. Einleitung. (§. §. 248 – 253.)

§. 248.

α. Allgemeine Natur dieser Erwerbart.

Unter Ersitzung des Eigenthums versteht man den Erwerb des Eigenthums durch fortgesetzten Besitz [1]).

1) L. 3. D. h. t.: »Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.«

Im vorjustinianischen Rechte konnte Gegenstand der Ersitzung sehr füglich auch eine solche Sache sein, die dem Besitzenden in der That bereits gehörte, und zwar ihm allein, nur nicht gerade **ex jure Quiritium.** Im Justinianischen Rechte aber haben wir uns unter der durch Ersitzung zu erwerbenden Sache immer eine fremde Sache zu denken. Und so ist denn bei der Ersitzung mit dem Erwerbe des Eigenthums in der Person des Einen, jederzeit verbunden ein Verlust des Eigenthums in der Person des Andern. Dennoch aber gehört der Erwerb des Eigenthums durch Ersitzung zu den ursprünglichen Erwerbarten. Daß dem Einen das Eigenthum in demselben Augenblicke erworben wird, in welchem der Andere aufhört, Eigenthümer zu sein — das ist ein bloßes Zusammentreffen in der Zeit. Eine Succession findet hier durchaus nicht Statt.

Was nun aber durch die Ersitzung des Eigenthums aufgehoben wird, das ist lediglich das Eigenthumsrecht desjenigen, welchem die Sache bis dahin gehörte. Andere dingliche Rechte an der Sache werden dadurch nicht zugleich aufgehoben. So bestehen also, nach wie vor, die auf der Sache lastenden Servituten; desgleichen die Pfandrechte, welche daran haften [2]). Allerdings kann es geschehen, daß innerhalb desselben Zeitraumes, mit dessen Ablauf, durch Ersitzung das Recht des bisherigen Eigenthümers aufgehoben wird, zugleich eine anderweitige Verjährung vollendet wird, die gegen diesen oder jenen sonstigen dinglichen Anspruch gerichtet ist; aber das ist dann ein zufälliges Zusammentreffen. Z. B. ich habe das Grundstück des **A.** seit zehn oder zwanzig Jahren besessen, und bin dadurch Eigenthümer geworden. Während dieser ganzen Zeit aber hat **B.**, welchem an eben diesem Grundstücke eine Wegegerechtigkeit zusteht, von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht: hier wird durch diesen Nichtgebrauch von Seiten des **B.** auch dessen Wegegerechtigkeit aufgehoben sein; in Gemäßheit von Grundsätzen, die wir im §. 312. u. d. folgenden werden kennen lernen. — Oder: der **C.** hat ein Pfandrecht an dem Grundstücke, und schon um die

2) Dies letztere sagt ganz ausdrücklich die **L. 44. §. 5. D. eod.**

Zeit, als mein Besitz seinen Anfang nahm, war er in der Lage, die **Hypothecaria actio** anstellen zu können; dennoch aber hat er sie während der ganzen Zeit meines bisherigen Besitzstandes nicht angestellt — hier wird derselbe Verlauf der Zeit, der mich zum Eigenthümer des Grundstückes gemacht hat, von mir zugleich zur Begründung einer **Temporis praescriptio** gegen die **Hypothecaria actio** des **C.**, Falls dieser jetzt damit hervortritt, benutzt werden können. S. §. 150. II. B. Aber es ist klar: die hier bezeichneten Erfolge beruhen lediglich darauf, daß mit der Ersitzung des Eigenthums andere selbstständige Arten der Verjährung zufällig zusammentreffen. Hätte z. B. der **B.** die ihm zuständige Wegegerechtigkeit innerhalb der Dauer meines Besitzes ausgeübt, so würde er sie keinesweges verloren haben: sie würde ihm, ungeachtet meiner Ersitzung des Eigenthums an dem Grundstücke, nach wie vor, zustehen [3]).

Wenn nun aber durch die Ersitzung des Eigenthums das Recht des bisherigen Eigenthümers aufgehoben wird, so ist die Frage wohl sehr natürlich, ob nicht etwa der bisherige Eigenthümer auf Entschädigung Anspruch machen kann? Die Frage ist indessen schlechthin zu verneinen.

Zuletzt muß ich noch eines Umstandes erwähnen, der auf die folgende Darstellung von wesentlichem Einflusse sein wird. Nämlich: schon in sehr früher Zeit gab es bei den Römern eine Ersitzung des Eigenthums unter dem Namen **Usucapio.** Diese war jedoch in ihrer Anwendung gar manchen Beschränkungen unterworfen. Daher fühlte man in späterer Zeit das Bedürfniß einer Aushülfe. Diese gewährte die **Praescriptio longi temporis.** Wo es aber auch für diese an den erforderlichen Voraussetzungen fehlte, da half man sich, in einer noch späteren Zeit, mit der **Praescriptio XXX vel XL annorum.** Alle diese Institute nun fand Justinian bei dem Beginnen seiner Legislation vor. Er selbst führte durch seine Constitutionen wesentliche Ver-

3) Es war daher durchaus falsch, wenn Wening-Ingenheim früher (gem. Civilr. 3te Aufl. Buch II. §. 53.) von der Ersitzung des Eigenthums sagte: »Die Verjährung gibt volles Eigenthum — — — und hebt zugleich alle dinglichen Ansprüche auf die Sache — — — auf.«

änderungen ein; jedoch ohne an die Stelle des Alten etwas durch und durch Neues zu setzen. Das Alte bildet überall die Grundlage, und Justinian hat sich zum Theil begnügt, darüber, wie fortan die ältern Grundsätze anzuwenden wären, nur Fingerzeige zu geben. Daher erfordert denn die ausführliche Darstellung der nach Justinianischem Recht über die Ersitzung des Eigenthums geltenden Bestimmungen durchaus eine historische Einleitung, welche in den nächstfolgenden Paragraphen gegeben werden soll.

β. Geschichte derselben. (§. §. 249—252.)

§. 249.

αα. Vorjustinianisches Recht.

Wie gesagt, ist bei Darstellung des vorjustinianischen Rechts Rücksicht zu nehmen nicht bloß auf die **Usucapio**, worüber schon die **XII** Tafeln Bestimmungen enthielten, sondern auch auf die **Praescriptio longi temporis**, deren Einführung in eine sehr viel spätere Zeit fällt, und auf die **Praescriptiones triginta et quadraginta annorum**, welche erst in der Zeit der christlichen Imperatoren vorkommen. Die rechtliche Bedeutung der gedachten Präscriptionen (von welchen im Allgemeinen schon im §. 148. die Rede gewesen ist), zeigte sich nämlich unter Anderem auch darin, daß sie in Fällen, wo es an den Erfordernissen der Usucapion fehlte, eine Aushülfe gewährten; und diese Beziehung ist es, um derentwillen sie hier in Betracht kommen.

I. Usucapio.

Der Zweck der Usucapion bestand darin, Eigenthum **ex jure Quiritium** zu begründen; als Mittel zum Zweck aber diente ein eigenthümlich qualificirter, eine bestimmte Zeit hindurch ununterbrochen fortgesetzter Besitz.

Soviel nun zunächst den Zweck anbelangt, so ging schon aus ihm von selbst hervor, daß Peregrinen des Eigenthumserwerbes durch Usucapion unfähig waren; desgleichen, daß Sachen, welche entweder überall nicht, oder doch wenigstens, wie Provin-

cialgrundstücke (vergl. §. 222.), nicht **ex jure Quiritium** im Privateigenthum sein konnten, auch keine Usucapion zuließen. Wo aber die Möglichkeit des Zweckes vorhanden war, da gestattete er eine zwiefache Beziehung:

Erstens: es konnte sein, daß der Usucapirende in der That bereits Eigenthümer war, aber die Sache nur **in bonis** hatte, dergestalt, daß es bloß darauf ankam, dieses schon vorhandene, unvollständige Eigenthum zu einem vollen, nach aller Strenge des **Jus Quiritium** gültigen Eigenthume zu steigern [1]).

Aber zweitens: es war auch möglich, daß Jemand eine Sache besaß, die er eben so wenig **in bonis** hatte, als er sie **ex jure Quiritium** die seinige nennen konnte, und daß es also darauf ankam, durch Usucapion Beides zugleich zu erlangen, sowohl das **In bonis habere**, als das **Ex jure Quiritium habere** [2]).

In dem zuerst bezeichneten Falle konnten die Umstände von der Art sein, daß außer dem Usucapirenden Niemand vorhanden war, dem die zu usucapirende Sache **ex jure Quiritium** gehörte; daß also die Usucapion dem Usucapirenden einen Vortheil gewährte, bei welchem Niemand verlor. Der zweite Fall dagegen setzte jederzeit voraus, daß neben dem Usucapirenden irgend ein Anderer vorhanden war, dem die zu usucapirende Sache gehörte, und dessen Eigenthum durch die Usucapion aufgehoben wurde.

In Beziehung auf das Mittel zum Zweck waren die Erfordernisse folgende:

1. Der Usucapirende mußte die zu usucapirende Sache besitzen, und zwar mit dem **animus domini**. (Vergl. §. 204.)

2. In der Regel ward nicht nur überhaupt **bona fides** erfordert, sondern es scheint sogar, daß, mit Ausnahme des Falles, da der Usucapirende auf den Grund eines Kaufes zum Besitze gelangt war [3]), die **bona fides** eine ununterbrochene sein mußte; daß es also nicht genügte, zu Anfange des Besitzes in gutem Glauben gewesen zu sein. Allerdings gab es nun aber auch

1) Gaj. II, §. 41.
2) Gaj. II, §. 43.
3) Vgl. L. 48. §. 1. D. d. A. R. D. XLI, 1. L. 2. §. 13. D. pro emtore. XLI, 4.

Fälle, in welchen, gegen die Regel, das Erforderniß der **bona fides** ganz und gar wegfiel [4]). (Vergl. §. 261.) Uebrigens war die **bona fides** bei demjenigen, welcher die zu usucapirende Sache schon jetzt **in bonis** hatte, gar wohl mit dem Bewußtsein vereinbar, daß irgend einem Andern das **nudum jus Quiritium** daran zustehe; wer dagegen die Sache besaß, ohne sie **in bonis** zu haben, der konnte nur dann in gutem Glauben sein, wenn es ihm unbekannt war, daß sie einem Andern gehöre.

3. Der Usucapirende mußte **ex justa causa** zum Besitze gelangt sein.

4. In Hinsicht der zu usucapirenden Sache war es noch nicht genug, daß sie an sich für den Zweck der Usucapion geeignet war; es durfte die Usucapion derselben auch nicht etwa durch besondere gesetzliche Bestimmungen untersagt sein, wie dies z. B. schon durch die **XII** Tafeln rücksichtlich der gestohlnen Sachen geschehen war.

5. Bei beweglichen Sachen war ein Besitz von *Einem* Jahre hinreichend; bei unbeweglichen dagegen ward, der Regel nach, ein Besitz von *zwei* Jahren erfordert [5]). Ausnahmsweise gab es indessen auch Fälle, in welchen selbst bei Grundstücken schon ein Besitz von Einem Jahre genügte [6]). (Vergl. §. 261.)

6. Der Besitz durfte während des Laufes der zur Vollendung der Usucapion erforderlichen Frist nicht unterbrochen sein. War die Sache aus einer Hand in die andere gegangen, so fand Zusammenrechnung des Besitzes, in welchem der Vorgänger sich befunden hatte, mit dem Besitze des Nachfolgers in der Regel nur bei universeller Succession Statt [7]), bei singulärer Succession war die Zulässigkeit der Zusammenrechnung darauf beschränkt, daß dem Käufer gestattet wurde, den Besitz des Verkäufers in Anschlag zu bringen [8]).

II. Praescriptio longi temporis.

Derjenige, welcher eine fremde Sache als Eigenthümer be-

4) **Gaj. II, §. §. 52 – 61.**
5) **Gaj. II, §. §. 42. 44.**
6) **Gaj. II, §. §. 53. 59.**
7) **L. 30. pr. D. ex quib. caus. major. IV, 6. L. 43. pr. D. h. t.**
8) **§. penult. I. h. t. L. 2. §. 20. D. pro emtor. XLI, 4.**

saß, ohne sie usucapirt zu haben, konnte unter gewissen Voraussetzungen, nach Ablauf einer Zeit von zehn oder zwanzig Jahren (vergl. §. 148.), der Klage des Eigenthümers wenigstens eine **Longi temporis praescriptio** entgegen stellen, und, gestützt auf diese Einrede, die Herausgabe der Sache verweigern. Jene Voraussetzungen waren in vielen Beziehungen dieselben, deren es für die Usucapion bedurfte. Auch hier kam es auf **bona fides** an und auf das Vorhandensein einer **justa causa**. Ferner: bei Sachen, welche überall nicht im Privateigenthum sein konnten, oder deren Usucapion durch besondere gesetzliche Bestimmungen untersagt war, fiel auch die **Longi temporis praescriptio** weg. Endlich bedurfte es auch hier eines ununterbrochen fortgesetzten Besitzes. Aber neben dieser Uebereinstimmung in den Voraussetzungen fand nun doch zugleich große Verschiedenheit Statt. Da der Zweck der **Longi temporis praescriptio** nicht auf etwas eigenthümlich Römisches gerichtet war, so konnten sich ihrer auch Peregrinen bedienen; wie sie denn aus demselben Grunde nicht weniger bei Provincialgrundstücken, als bei Italischen Grundstücken Anwendung fand. So fielen also einige der wichtigsten Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Usucapion da, wo es nur auf die Begründung der **Longi temporis praescriptio** ankam, ganz und gar weg. Aber auch die der Usucapion und der **Longi temporis praescriptio** im Ganzen gemeinsamen Erfordernisse waren, je nachdem sie auf jene oder diese bezogen wurden, zum Theil verschieden modificirt. So ist es ausgemacht, daß es zur Begründung der **Longi temporis praescriptio** in jedem Falle genügte, wenn der Besitzer auch nur zu Anfange **in bona fide** gewesen war [9]), während es sich damit bei der Usucapion anders verhalten zu haben scheint. Und was das Erforderniß eines ununterbrochenen Besitzes betrifft, so dürfen wir annehmen, daß in Beziehung auf die **Longi temporis praescriptio**, bei singulärer Succession, Zusammenrechnung nicht bloß im Fall des Kaufes Statt fand. Die bezeichneten Unterschiede waren nicht die einzigen; hier indessen mag es genügen, nur sie angeführt zu haben.

9) **L. un. C. d. usuc. transform. VII, 31.**

Aus dem Bisherigen erhellet, daß die **Longi temporis possessio** in gar vielen Fällen, in denen der Besitzer sich nicht darauf berufen konnte, usucapirt zu haben, eine Aushülfe gewährte, wenn schon nur eine unvollkommene. Denn die **Longi temporis possessio** verschaffte dem Besitzer kein Eigenthum; sie begründete nur eine Einrede, vermöge deren er sich im Besitze schützen konnte. Zwar sagt Justinian in einer Stelle [10]), wenn man nur die **veteres leges** recht einsehe, so werde man finden, daß schon ihnen zu Folge die **Longi temporis possessio** nicht bloß eine **Exceptio**, sondern auch eine **Actio ad vindicandam rem** begründet habe; allein die Richtigkeit dieser Angabe, der kein anderes Zeugniß zur Seite steht, ist großem Zweifel unterworfen. Dasselbe gilt von der Deutung, welche Unterholzner [11]) Justinians Worten zu geben versucht. Er meint, Justinian habe an die **Publiciana in rem actio** gedacht; diese dem gewesenen **bonae fidei possessor** schon um der bloßen **bonae fidei possessio** willen, ohne Rücksicht auf die Dauer des Besitzes, zuständige, aber an und für sich nur gegen den schwächer Berechtigten wirksame Klage habe, wenn der frühere Besitz eine **Longi temporis possessio** gewesen sei, selbst gegen den an sich besser Berechtigten mit Erfolg angestellt werden können; da in diesem Falle die von dem Beklagten vorgeschützte Einrede des besseren Rechtes sich durch eine **Longi temporis replicatio** habe entkräften lassen.

III. Praescriptio triginta annorum; Praescriptio quadraginta annorum.

Wer eine fremde Sache als Eigenthümer besaß, ohne sie usucapirt zu haben, und ohne daß sein Besitz geeignet gewesen wäre, auch nur eine **Longi temporis praescriptio** zu begründen, der konnte sich, der Regel nach, gegen die Klage des Eigenthümers dann wenigstens mit einer **temporalis praescriptio** schützen, wenn er den Besitz entweder selbst, oder mit Hinzurechnung des Besitzes seiner Vorgänger [12]) dreißig oder vier-

10) In der **L. 8. pr. C. d. praescr. XXX v. XL annor. VII, 39.** Vergl. §. 251. I. A. 1.

11) Ausführl. Entwickel. d. Verjährungslehre. §. §. 174. 177.

12) Vergl. **L. ult. C. d. fund. patrimonialib. etc. XI, 61.**

zig Jahre hindurch fortgesetzt hatte. Auf **bona fides**, auf **justa causa** kam es bei dieser **praescriptio** nicht an; eben so wenig darauf, ob etwa der Gegenstand des Besitzes zu den von der Usucapion durch besondere gesetzliche Bestimmungen ausgeschlossenen Sachen gehörte. Aber freilich diente ein so mangelhafter Besitz, wie er hier genügte, entschieden nur allein dazu, den Besitzer von der Nothwendigkeit zu befreien, die Sache an den Eigenthümer herauszugeben. Nirgend findet sich etwas, was auch nur Zweifel darüber erregen könnte, ob nicht der dreißig- oder vierzigjährige Besitz mehr, als eine bloße Einrede, ob er nicht vielleicht gar eine Klage begründet habe. Nichts desto weniger standen die **Praescriptio XXX** und die **Praescriptio XL annorum** in einem gewissen Verhältnisse zur Usucapion: Wo die Aushülfe, welche die **Longi temporis praescriptio** gewährte, wegfiel, da vertrat die **Praescriptio XXX**, oder die **Praescriptio XL annorum** die Stelle derselben.

ββ. Justinianisches Recht.

§. 250.

a. Rechtszustand bei dem Beginnen der Justinianischen Gesetzgebung.

Die Einsicht in das Wesen der Justinianischen Reformen, inwieweit sie die Lehre von der Ersitzung des Eigenthums betreffen, wird dadurch sehr erleichtert, daß man sich eine richtige Vorstellung macht von der praktischen Bedeutsamkeit, welche die im vorigen §. bezeichneten Rechtsinstitute damahls grade hatten, als die Justinianische Gesetzgebung ihren Anfang nahm. Hierauf ist also vor Allem Rücksicht zu nehmen. Es verhielt sich damit so:

Gesetzt zuerst, Jemand besaß eine Sache **bona fide, ex justa causa** als Eigenthümer, und die Sache selbst war von der Beschaffenheit, daß sie nicht nur überhaupt im Privateigenthum sein konnte, sondern auch nicht durch besondere gesetzliche Bestimmungen von der **Usucapio** oder **Longi temporis praescriptio** ausgeschlossen war. Unter diesen Voraussetzungen war bei be-

weglichen Sachen dasjenige, was am häufigsten vorkam, die Usucapion. Denn persönliche Unfähigkeit zur Usucapion, früher zwar nicht der einzige, aber doch der vornehmste Grund, weshalb die **Longi temporis praescriptio** oft, auch bei beweglichen Sachen, die Stelle der Usucapion vertreten mußte, war jetzt, wo beinahe alle freie Bewohner des Römischen Gebietes sich in dem Besitze der Civität befanden, etwas Seltenes. Grade umgekehrt verhielt es sich in Ansehung unbeweglicher Sachen; nur bei wenigen war Eigenthumserwerb durch Usucapion möglich. Denn Italien war von dem Reiche getrennt; das ganze Gebiet also, welches Justinian bei seinem Regierungsantritte beherrschte, bestand, mit Ausnahme allein derjenigen Grundstücke, welche das Recht des Italischen Bodens durch besondere Verleihung erhalten hatten, aus Provincialboden. Provincialgrundstücke aber waren kein Gegenstand für die Usucapion; mithin bedurfte es bei Grundstücken fast durchweg jener Aushülfe, welche die **Longi temporis praescriptio** gewährte. — So verhielt es sich unter Voraussetzung der **bona fides**, der **justa causa** u. s. w.

Angenommen aber zweitens, es fehlte an der **bona fides** oder der **justa causa**, oder die Sache war von der Beschaffenheit, daß auf sie weder die Usucapion anwendbar war, noch auch nur die **Longi temporis praescriptio**: hier konnte der Besitzer sich möglicher Weise mittelst der **Praescriptio XXX**, oder mittelst der **Praescriptio XL annorum** helfen.

b. Justinianische Reformen.

§. 251.

aa. Einzelne Reformen.

Eine vollständige Aufzählung aller einzelnen Constitutionen, durch welche Justinian das ältere Recht der Ersitzung verändert hat, liegt außer dem Zweck dieser Einleitung. Es wird genügen, nur der wichtigsten zu erwähnen.

I. Constitutionen, welche das Recht der Ersitzung unmittelbar betreffen.

A. L. 8. C. de praescriptione XXX vel XL annorum (VII, 39.) v. Jahre 528.

Der Inhalt der Constitution, inwieweit er hierher gehört, ist folgender:

1. Das **pr.** bezieht sich auf die **Longi temporis praescriptio.** Justinian nämlich verordnet darin, daß derjenige, welcher durch fortgesetzten Besitz gegen den Eigenthümer eine **Longi temporis exceptio** erworben habe, Falls er später den Besitz verliere, eine **Actio ad vindicandam rem** haben solle. Dies, fügt Justinian hinzu, hätten im Grunde schon die **veteres leges** mit sich gebracht. Wie großem Zweifel diese Behauptung ausgesetzt sei, ist bereits im §. 249. bemerkt worden. Gesetzt aber auch, sie wäre buchstäblich wahr; die Ansicht, daß die **Longi temporis possessio** das Recht der Vindication begründe, wäre nicht neu gewesen: immer bleibt so viel gewiß, daß diese Ansicht nicht in die Praxis übergegangen war. Mithin enthält das **Principium** der Constitution auf jeden Fall eine Aenderung des bis dahin bestandenen Rechtes, sollte diese auch nur darin liegen, daß einer an sich nicht neuen, dem Gerichtsgebrauch aber fremd gebliebenen Ansicht praktische Geltung beigelegt wird. Das Resultat ist dieses: nach Justinians Verordnung wird durch **Longi temporis possessio** wirkliches, wahres Eigenthum erworben.

2. Der §. 1. betrifft die **Praescriptio XXX vel XL annorum.** Nämlich: auch derjenige, welcher gegen den Eigenthümer nur um deswillen eine **temporalis exceptio** hat, weil er sich auf einen dreißig- oder vierzigjährigen Besitz berufen kann, soll, wenn er den Besitz verliert, das Recht der Vindication haben, vorausgesetzt nur, daß er zu Anfange seines Besitzes **in bona fide** gewesen ist. Hierdurch hat also Justinian dem **bona fide** begonnenen, wenn schon im Uebrigen mangelhaften Eigenthumsbesitze, sobald er dreißig oder vierzig Jahre hindurch fortgesetzt ist, die Kraft einer Erwerbart des Eigenthums beigelegt, während früher dadurch nur eine Einrede begründet wurde.

B. L. un. C. de usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi (VII, 31.) v. Jahre 531.

Schon die Ueberschrift ergibt, daß die Constitution sich zu-

nächst auf die **Usucapio** bezieht. Die Gründe, welche Justinian zu dieser reformirenden Verordnung bestimmten, sind, wie zum Theil in ihr selbst angedeutet wird, vornämlich darin zu suchen: seit Justinian verordnet hatte, daß die **Longi temporis possessio** dem Besitzer das Recht der Vindication geben solle, war, der Wirkung nach, zwischen der **Longi temporis possessio** und der **Usucapio** kein Unterschied mehr. Der wichtigste Unterschied aber in den Voraussetzungen, der nämlich, daß durch **Usucapio** nur Italische Grundstücke, durch **Longi temporis possessio** auch Provincialgrundstücke ersessen werden konnten, dieser Unterschied paßte nicht mehr zu dem damaligen Stande der Dinge. Wozu sollte man noch zwischen Italischen und Provincialgrundstücken unterscheiden, da es Italische Grundstücke beinahe nicht mehr gab? Ueberdies hing der ganze Unterschied auf das Genaueste mit dem Gegensatze zwischen Eigenthum **ex jure Quiritium** und bloßem **In bonis habere** zusammen; diesen Gegensatz aber hatte Justinian aufgehoben (s. II.). Diese und ähnliche Betrachtungen mußten dahin führen, daß man anfing, die Vereinigung der **Usucapio** und der **Longi temporis possessio** zu Einem Rechtsinstitute für angemessen zu halten.

Zu dieser Vereinigung gab es einen zwiefachen Weg: man konnte die **Usucapio**, man konnte aber auch die **Longi temporis possessio** zur Grundlage des Einen neuen Instituts machen, welches in die Stelle beider treten sollte. Justinian fand für gut, den zuerst bezeichneten Weg einzuschlagen: die bisherige **Usucapio** sollte beibehalten, aber gewissen Modificationen unterworfen werden, welche zum Theil aus der Theorie der **Longi temporis praescriptio** entlehnt wurden. Dies ist der Gesichtspunkt, aus welchem die **L. un. C. cit.** aufgefaßt werden muß. Der Inhalt derselben im Einzelnen, inwieweit er hierher gehört, ist folgender:

1. Die Usucapion soll, wie auf Italische, so auch auf Provincialgrundstücke Anwendung finden; aber es soll zur Ersitzung des Eigenthums an Grundstücken, selbst wenn sie Italische sind, ein zweijähriger Besitz nicht mehr genügen, sondern ein zehn- oder zwanzigjähriger erforderlich sein.

2. Bewegliche Sachen sollen nicht, wie bisher, in Einem, sondern erst in drei Jahren ersessen werden können.

3. Ohne bona fides soll es keine Ersitzung des Eigenthums geben; aber es soll in jedem Falle hinreichen, wenn nur der Besitzer zu Anfange in bona fide gewesen ist.

4. Im Fall der Succession soll jederzeit Zusammenrechnung des Besitzes Statt finden, sobald nur des Vorgängers Besitz gehörig qualificirt war; insbesondere soll der Umstand, daß der Vorgänger nur Anfangs in bona fide gewesen, die Zusammenrechnung nicht hindern.

II. Bestimmungen von mittelbarem Einfluß.

Hierher gehört die schon im §. 222. erwähnte **L. un. C. de nudo jure Quiritium tollendo. VII, 25.**, der zu Folge von einem **Ex jure Quiritium habere** fortan nicht mehr die Rede sein sollte. Wie hierdurch Justinian darauf geführt werden mußte, den ehemaligen Gegensatz zwischen **Usucapio** und **Longi temporis possessio** aufzuheben, ist nur so eben gezeigt worden. Aber eine andere höchst wichtige Folge, und zwar eine solche, welche sich ganz von selbst ergab, war diese: früher diente die **Usucapio** theils dazu, ein schon vorhandenes **In bonis habere** in ein **Ex jure Quiritium habere** zu verwandeln; theils dazu, den bloßen **Bonae fidei possessor** zum wirklichen Eigenthümer zu machen (S. §. 249.). Jetzt aber, seitdem es ein Eigenthum **ex jure Quiritium** gar nicht mehr gab, mußte jene erste Anwendung der **Usucapio** wegfallen; es konnte nur noch die zweite übrig bleiben.

§. 252.

bb. Resultat.

Dieses ist, inwieweit wir uns auf das Allgemeine beschränken, folgendes:

Der Zweck der Ersitzung besteht jederzeit darin, denjenigen, der eine fremde Sache besitzt, zum Eigenthümer zu machen. Aber in Hinsicht des Mittels zum Zweck muß eine zwiefache Ersitzung unterschieden werden. Man pflegt heutiges Tages die

eine die ordentliche, die andere die außerordentliche zu nennen.

Die ordentliche Ersitzung ist diejenige, welche in die Stelle getreten ist der älteren **Usucapio** und der älteren **Longi temporis praescriptio.** Sie ist, was die Qualification des Besitzes betrifft, die schwierigere; in Hinsicht der Dauer des Besitzes aber ist sie die kürzere, indem sie bei beweglichen Sachen nur einen dreijährigen, bei unbeweglichen nur einen zehn- oder zwanzigjährigen Besitz erfordert. Die Grundlage derselben bildet die **Usucapio** des älteren Rechtes; und daher dürfen auf sie die eigenthümlichen Grundsätze, welche früher in Hinsicht der **Longi temporis praescriptio** galten, nur insoweit angewandt werden, als Justinian dies eigens vorgeschrieben hat.

Die außerordentliche Ersitzung ist diejenige, welche aus der ehemaligen **Praescriptio XXX vel XL annorum** entstanden ist. In Bezug auf die Qualification des Besitzes ist sie die minder schwierige; dagegen erfordert sie sowohl bei beweglichen, als bei unbeweglichen Sachen eine bedeutend längere Dauer des Besitzes, bald eine dreißigjährige, bald gar eine vierzigjährige. Da übrigens die ehemalige **Praescriptio XXX vel XL annorum** die Grundlage derselben ausmacht; so folgt, daß sie nie Statt finden könne, sobald es an einem derjenigen Erfordernisse fehlt, deren es nach früherem Rechte bedurfte, wenn der Besitzer einer fremden Sache sich gegen den vindicirenden Eigenthümer mit einer Einrede des dreißig- oder vierzigjährigen Besitzes sollte schützen können. Das Vorhandensein dieser Erfordernisse ist denn aber auch hinreichend, mit der einzigen Ausnahme, daß es zur Erwerbung des Eigenthums auch bei dreißig- oder vierzigjährigem Besitze der **bona fides** bedarf; während es auf diese zum Behuf der bloßen Einrede nicht ankam.

§. 253.

γ. Sprachgebrauch.

I. Die Justinianischen Rechtsquellen.

1. Die Ausdrücke **Usucapio** und **usucapere** werden nur für die s. g. ordentliche, nie für die s. g. außerordentliche

Ersitzung gebraucht. Diese wird auch nie mit irgend einem andern auf Eigenthumserwerb hindeutenden technischen Ausdrucke bezeichnet; sondern es heißt, wo von ihr die Rede ist, immer nur: **Praescriptio oder Exceptio XXX vel XL annorum.**

2. In Beziehung auf die ordentliche Ersitzung unbeweglicher Sachen finden sich die Ausdrücke **Usucapio** und **usucapere** nur selten. Meist werden folgende gebraucht: **Longa possessione capio, per longum tempus capio, longo tempore capere, per longum tempus capere, diutina possessione capere**; auch kommt vor **longi temporis possessione quaerere.** Den classischen Juristen waren diese Ausdrücke durchaus fremd; wo wir sie also in den Pandekten finden, da sind sie auf Rechnung der Justinianischen Compilatoren zu setzen, welche sie den Worten **Usucapio** und **usucapere** ohne Zweifel deshalb substituirten, um dem Mißverstande vorzubeugen, als ob es noch immer zur Usucapion eines Grundstückes nur eines zweijährigen Besitzes bedürfe.

3. In Constitutionen aus der Zeit der christlichen Imperatoren, insbesondere in Justinianischen Constitutionen, werden die Ausdrücke **Exceptio, Praescriptio,** *Παραγραφὴ* gelegentlich auch in Beziehung auf die **Usucapio** gebraucht.

II. Der Neueren.

1. Diejenige Ersitzung, zu welcher drei, zehn oder zwanzig Jahre hinreichen, wird genannt: Ordentliche Ersitzung; **Usucapio ordinaria; Praescriptio ordinaria; Praescriptio longi temporis.**

2. Zur Bezeichnung derjenigen Ersitzung, welche dreißig oder mehr Jahre erfordert, bedient man sich folgender Ausdrücke: Außerordentliche Ersitzung; **Usucapio extraordinaria; Praescriptio extraordinaria; Praescriptio longissimi temporis.**

Bayerische Staatsbibliothek München

bb. Ausführliche Darstellung.

α. Von der Ersitzung überhaupt.

Mögliche Gegenstände derselben.

§. 254.

αα. Sachen, wobei alle Ersitzung ausgeschlossen ist.

Es gibt Gegenstände, bei welchen nur die ordentliche Ersitzung wegfällt; davon wird die Rede sein in den §. §. 262—264. Es gibt aber auch Gegenstände, welche keine Art von Ersitzung gestatten, so wenig die außerordentliche als die ordentliche; und diese sind es, welche hier bezeichnet werden sollen. Es sind nämlich von aller Ersitzung ausgeschlossen:

1. Diejenigen Gegenstände, welche überall nicht im Eigenthum sein können. Dahin gehören freie Menschen [1]); sowie unkörperliche Sachen [2]); so aber auch solche körperliche Sachen, welche ganz und gar dem Verkehr entzogen sind [3]).

2. Schon nach vorjustinianischem Rechte fiel bei **Praediis dotalibus** die **Usucapio** weg und eben so die **Longi temporis praescriptio** — ausgenommen den Fall, da die Ersitzung ihren Anfang genommen hatte, noch ehe die **Praedia dotalia** geworden waren [4]). Diese Ausnahme findet sich auch noch im Justinianischen Rechte; die Regel aber hat Justinian dahin erweitert [5]): So lange der Zeitpunkt, in welchem die Frau Herausgabe der Dotalgrundstücke verlangen kann, noch nicht gekommen ist, so lange findet gegen sie gar keine Ersitzung Statt, die außerordentliche so wenig, als die ordentliche. — Ich habe nur **Praedia dotalia** genannt; viele Neueren [6]) beziehen Justinians Constitution auf **Res dotales** überhaupt. Und in der That muß man das auch, wenn man bei dem Buchstaben der Justinianischen Constitution stehen bleibt. Justinians Absicht aber ging

1) §. 1. I. h. t. L. 9. D. eod.
2) L. 43. §. 1. D. d. A. R. D. XLI, 1.
3) S. die Stellen in Note 1.
4) L. 16. D. d. fundo dotal. XXIII, 5.
5) Durch die L. 30. C. d. jure dot. V, 12.
6) So Hofacker, Principia J. C. §. 968. Mackeldey, Lehrb. §. 259. Wening-Ingenheim, gem. Civilr. B. II. §. 50. Mühlenbruch, Pand. §. 257a.

ohne Zweifel nur dahin, die Ersitzung bei denjenigen **Rebus dotalibus** auszuschließen, deren Veräußerung dem Manne untersagt ist. Wenn der Mann dennoch veräußert, so soll die Frau, selbst durch keine Art von Ersitzung gehindert sein, ihr Recht geltend zu machen. Nun aber ist der Mann, bewegliche **Res dotales** zu veräußern vollkommen befugt; nur Grundstücke, die er **in dotem** erhalten, soll er nicht veräußern. Mithin kann die Justinianische Constitution auch nur auf diese bezogen werden. Bei **praediis dotalibus** schließt sie nun aber entschieden jede Ersitzung aus, und es ist offenbar unrichtig, wenn einige Neuere [7]) nur die ordentliche Ersitzung für ausgeschlossen halten.

3. Die zu dem s. g. **Peculio adventitio** eines Kindes unter väterlicher Gewalt gehörigen Sachen, sind während der Dauer der väterlichen Gewalt, von aller Ersitzung ausgeschlossen, gleichfalls in Folge einer Verordnung Justinians [8]).

4. Zwar nicht nach Römischem, wohl aber nach heutigem gemeinen Rechte, sind von aller Ersitzung ausgeschlossen solche Sachen, welche im Sinne unseres heutigen Criminalrechts für gestohlene oder geraubte Sachen gelten. Dies beruht auf einer Stelle der peinlichen Gerichtsordnung [9]). Näher werde ich mich über diesen Gegenstand erklären im §. 263.

Außer den bisher angeführten Gegenständen gibt es, einer richtigen Ansicht zu Folge, keine, an welchen gar keine Ersitzung Statt fände. Viele zwar rechnen dahin auch noch die Sachen der Unmündigen, Manche sogar die Sachen der Minderjährigen überhaupt; aber mit Unrecht, wie im folgenden Paragraphen gezeigt werden soll. Außerdem muß ich noch bemerken, daß Schweppe [10]) der Meinung ist: auch solche Sachen, deren Veräußerung gesetzlich untersagt ist, müßten schon darum allein angesehen werden als ausgeschlossen von aller Ersitzung. Das ist nun aber eine ganz singuläre Ansicht. Nach der sonst allgemein angenommenen und gewiß auch richtigen Meinung verhält es sich so: ein bloßes gesetzliches Veräußerungsverbot ist zugleich als ein

7) So z. B. Höpfner, Commentar. §. 402.
8) **L. 1. §. 2. C. d. annali exc. Ital. contr. toll. VII, 40.**
9) Peinl. Gerichtsordn. Art. 209.
10) Röm. Privatr. §. §. 246. 256.

stillschweigendes Verbot der ordentlichen Ersitzung zu betrachten — wie wir mit Mehrem im §. 262. sehen werden — aber die außerordentliche Ersitzung wird dadurch keineswegs ausgeschlossen. Ich werde hierauf im §. 262. zurückkommen.

§. 255.

ββ. Ueber die Frage, inwieweit Sachen der Minderjährigen der Ersitzung unterworfen sind.

An sich genommen gehört hierher nur die Frage: Kann überhaupt an der Sache eines Minderjährigen durch Ersitzung Eigenthum erworben werden? Diese Frage läßt sich indessen nicht wohl erörtern, ohne daß man auf die einzelnen Arten der Ersitzung eingeht. Dadurch rechtfertigt es sich, daß die Ueberschrift dieses Paragraphen auf eine Frage von weiterem Umfange hinweis't.

I. Ansichten der Neueren.

Die neueren Schriftsteller sind getheilter Meinung. Einige halten dafür, daß Sachen der Minderjährigen überhaupt, der mündigen sowohl, als der unmündigen, während der Minderjährigkeit, von aller Ersitzung ausgeschlossen sind [1]). Die Meisten indessen unterscheiden zwischen unmündigen und mündigen Minderjährigen, und sind nur über die Bedeutung dieses Unterschiedes uneins. Die Einen setzen den Unterschied darein, daß während der Unmündigkeit jede, während der Dauer der übrigen Minderjährigkeit aber nur die ordentliche Ersitzung wegfalle [2]). Dagegen findet nach der Meinung Anderer die außerordentliche Ersitzung auch auf Sachen der Unmündigen Anwendung, und der Unterschied zwischen Unmündigen und mündigen Minderjährigen besteht nur darin, daß die Sachen jener erst in vierzig, die Sachen dieser aber schon in dreißig Jahren ersessen werden können [3]).

1) So z. B. Mackeldey, Lehrb. §. 259.

2) So z. B. Thibaut, Pand. 7te Ausg. §. §. 1047. 1051. 8te Ausg. §. §. 1010. 1014. Schweppe, Röm. Privatr. §. §. 247. 256. Unterholzner, Ausführl. Entwickel. d. Verjährungslehre. §. §. 35. 182.

3) Dieser Ansicht war z. B. Weening-Ingenheim, gem. Civilr. 3te Ausg. B. II. §. §. 42. 50. desgl. Mühlenbruch, Doctrina Pand. §. §. 371. 376. Edit. II. [Weening-Ingenheim, gem. Civilr. 5te Ausg.

II. Erörterung aus den Quellen.

A. Vorjustinianisches Recht.

a. **Usucapio.** Daß zur Zeit der classischen Juristen Sachen der Minderjährigen und namentlich Sachen der Pupillen usucapirt werden konnten, wird durch eine bedeutende Anzahl von Pandektenstellen außer Zweifel gesetzt [4]). Und daß es so auch noch späterhin war, lehrt eine Constitution aus der Zeit des Diocletianus und Maximianus [5]), in welcher davon die Rede ist, daß Minderjährige gegen die Usucapion einer ihnen gehörigen Sache **in integrum** restituirt werden können: die Usucapion mußte also möglich sein, sonst wäre das Bedürfniß der **In integrum restitutio** gar nicht vorhanden gewesen. Aber freilich nicht alle Sachen der Minderjährigen konnten usucapirt werden. Denn durch eine **Oratio** des Septimius Severus war die Veräußerung von **Praediis rusticis** und **suburbanis** solcher Minderjähriger, welche unter Vormundschaft ständen, untersagt worden: ohne obrigkeitliche Genehmigung sollten dergleichen Grundstücke gar nicht veräußert werden dürfen, und auch diese Genehmigung sollte nur unter gewissen Voraussetzungen ertheilt werden [6]). Es ist aber Grundsatz, daß jedes gesetzliche Veräußerungsverbot zugleich als ein stillschweigendes Usucapionsverbot anzusehen ist. (§. 262.) Mithin konnten, seit der **Oratio Severi**, Sachen der Minderjährigen nicht mehr schlechthin Gegenstände der Usucapion sein; vielmehr mußten sie, inwieweit sie unter jenem Veräußerungsverbote begriffen waren, für ausgeschlossen gelten. Hieraus erklärt sich **L. 48. pr. D. d. A. R. D. XLI, 1.:**

» . . . **Nec interest ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit, nec ne, veluti si pupilli sit, ...«**

a. a. O. und Mühlenbruch, Pand. 2te Ausg. §. §. 257*a*. 261. 263. Not. 8. folgen jetzt der zweiten hier erwähnten Ansicht der in Note 2. angeführten Schriftsteller.]

4) S. **L. 2. D. de eo, qui pro tutor. XXVII, 5. L. 4. §. 11. D. h. t. L. 2. §. 15. L. 7. §. 3. D. pro emtore. XLI, 4. L. 4. §. 24. D. d. doli mal. et met. exc. XLIV, 4. L. 33. D. d. furt. XLVII, 2.**

5) **L. un. C. si advers. usucap. II, 36.**

6) **L. 1. §. 2. D. d. reb. eor., qui sub tutela etc. XXVII, 9.**

Paulus, der an einer anderen Stelle [7]), wo von Sachen der Pupillen überhaupt die Rede ist, die Usucapion für statthaft erklärt, sagt hier, wo er von dem Fruchterwerbe spricht, und zwar in besonderer Beziehung auf ländliche Grundstücke: Der **bonae fidei emptor** eines solchen Grundstückes erwerbe die Früchte selbst dann, wenn das Grundstück einem Pupillen gehöre und deshalb nicht usucapirt werden könne [8]). In späterer Zeit ward bekanntlich durch Constantin den Großen das Verbot der Veräußerung solcher Sachen, welche bevormundeten Minderjährigen gehören, bedeutend erweitert [9]); ja Constantin verordnete sogar, daß Grundstücke auch solcher Minderjähriger, welche **veniam aetatis** erhalten hätten, ohne obrigkeitliches Decret nicht sollten veräußert werden dürfen [10]). Hierdurch ward indessen doch nur dieses bewirkt, daß jetzt noch mehr Sachen minderjähriger Personen von der Usucapion ausgeschlossen waren; nicht aber, daß die Sachen der Minderjährigen überhaupt aufgehört hätten, Gegenstand der Usucapion zu sein.

b. **Longi temporis praescriptio.** Mit dieser verhielt es sich anders, als mit der **Usucapio.** Die Zeit, während welcher der Gegner minderjährig gewesen war, durfte in das **longum tempus** nicht eingerechnet werden. Dafür haben wir das Zeugniß der **L. 3. C. quib. non objicitur longi tempor. praescr. VII, 35.**, einer Constitution von Diocletianus und Maximianus. (Vergl. §. 151. 1.)

c. **Praescriptio XXX, Praescriptio XL annorum.** Die Begründung dieser Einreden ward durch die Minderjährigkeit desjenigen, dem sie entgegengesetzt werden sollten, im Allgemeinen keineswegs verhindert. Nur die Unmündigen sehen wir begünstiget. Theodosius der Jüngere nämlich setzte in jener Verordnung, wodurch er der **Praescriptio XXX annorum** eine erweiterte Anwendung gab [11]), fest, daß, bei Berechnung

7) In der **L. 2. §. 15. D. pro emtore. XLI, 4.**

8) Wegen des Ausdruckes **longo tempore capi**, der in der Stelle vorkommt, ist zu vergl. §. 253. I, 2.

9) Durch **L. 22. C. d. administrat. emtor. V, 37.**

10) **L. un. Th. C. d. his, qui veniam aetat. etc. II, 17.** (übergegangen, aber nicht vollständig, in **L. 2. C. eod. II, 45.**)

11) S. **L. 3. C. d. praescript. XXX v. XL annor. VII, 39.**

des dreißigjährigen Zeitverlaufes, die Zeit der Unmündigkeit des Klägers nicht in Anschlag kommen sollte. Es sollte also, während der Unmündigkeit, der Lauf der Verjährung gehemmt sein. Aber, daß die Klagen der Unmündigen der Verjährung überall nicht unterworfen sein sollten, davon sagte die Theodosische Constitution nichts. Daher stand denn auch die spätere Anastasische Verordnung [12]), welche lediglich die noch für unverjährbar gehaltenen Klagen betraf, und diese auf eine Dauer von vierzig Jahren beschränkte, zu dem Einflusse der Unmündigkeit auf die Verjährung in gar keiner Beziehung. Dies übersehen diejenigen, welche aus der angeführten Verordnung den Satz ableiten, daß demjenigen, der sich, wegen Unmündigkeit des Klägers, der **Praescriptio XXX annorum** nicht bedienen könne, mittelst einer **Praescriptio XL annorum** geholfen werde, bei welcher die Zeit der Unmündigkeit mit in Rechnung gebracht werden dürfe. Der ganze Satz ist falsch. Eine durch die bloße Unmündigkeit des Klägers bedingte **Praescriptio XL annorum** hat es niemals gegeben; wo es aber, wegen der besonderen Beschaffenheit der anzustellenden Klage, auf einen Zeitverlauf von vierzig Jahren ankam, da durfte die Zeit, während welcher der Kläger unmündig gewesen war, eben so wenig in Rechnung gestellt werden, wie bei der **Praescriptio XXX annorum** [13]).

B. Justinianisches Recht.

Vor Allem ist Rücksicht zu nehmen auf die allgemeinen Veränderungen, welche die älteren Grundsätze über die Ersitzung des Eigenthums durch die Justinianische Gesetzgebung erfahren haben. Es fragt sich nämlich, welche Bedeutung die unter A. angeführten Stellen aus der vorjustinianischen Zeit, in Folge dieser Veränderungen, für die Justinianische Lehre von der Ersitzung des Eigenthums haben. In Gemäßheit der im §. 252. aufgestellten Grundsätze werden wir diese Frage so beantworten müssen:

12) **L. 4. C. eod.**

13) Zum Beweise dient die **L. 7. C. t. c.**, eine Constitution von Justinus I. Vergl. §. 148. II, A. §. 151. 1. und Unterholzner a. a. O. §. 35.

Auf die ordentliche Ersitzung findet dasjenige Anwendung, was sich vorhin (s. A, a.) als Resultat für die frühere Usucapio ergeben hat. Dagegen darf auf sie nicht übertragen werden die in der **L. 3. C. quib. non objicitur etc. VII, 35.** (s. A, b.) für die **Longi temporis praescriptio** enthaltene Regel. Diese Regel ist allerdings auch noch im Justinianischen Rechte von praktischer Bedeutung; aber auf die Ersitzung des Eigenthums läßt sie sich nicht anwenden. Was aber die außerordentliche Ersitzung betrifft, so findet jene unter A, c. erwähnte Begünstigung der Unmündigen, ungeachtet sie sich ursprünglich nur auf die erlöschende Verjährung der Klagen bezog, nunmehr auch auf den Erwerb des Eigenthums durch dreißigjährigen Besitz Anwendung.

Hiermit wäre die Frage beantwortet, welche sich zuerst aufdringt. Es bleibt indessen noch eine zweite übrig, darauf gerichtet, ob Justinian die Ersitzung des Eigenthums gegen Minderjährige nicht etwa durch besondere Verordnungen gewissen Beschränkungen unterworfen hat. Ausdrücklich hat er dies nirgend gethan; wohl aber haben wir eine Constitution von ihm, aus welcher Viele eine solche Beschränkung haben folgern wollen: Es ist die schon im §. 151. unter 1. erwähnte **L. ult. C. in quib. caus. in integr. restit. necessaria non est. II, 41.** Hier sagt Justinian unter Anderm dieses:

»**Sancimus . . . . . in omnibus casibus, in quibus vetera jura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso jure non currere: melius etenim intacta eorum jura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere: videlicet exceptionibus triginta vel quadraginta annorum in suo statu remanentibus.**«

Ungeachtet die Stelle nur von **temporalibus praescriptionibus** spricht, und die Usucapion nicht nennt; so wäre es allerdings, bei der Ungenauigkeit des Ausdrucks, die wir in den Justinianischen Constitutionen wahrnehmen (vergl. §. 253. I, 3.), an und

für sich nichts desto weniger denkbar, daß Justinian nicht bloß die erlöschende Verjährung der Klagen im Sinne gehabt, sondern zugleich dieses zu sagen beabsichtiget hätte: Es soll gegen Minderjährige, unter dreißig Jahren, auch keine Ersitzung des Eigenthums Statt finden. Ja, man könnte geneigt sein, diese Absicht um so eher anzunehmen, als der von Justinian angeführte Grund eben sowohl auf die Usucapion, als auf die Verjährung der Klagen paßt. Allein hiergegen ist Folgendes zu erwägen:

1. Schlußfolgerungen aus dem in der Constitution angegebenen Grunde zu ziehen, muß, da der Grund von so weitem Umfange ist, für höchst bedenklich gehalten werden; diese Schlußfolgerungen dürften am Ende dahin führen, daß man Alles und Jedes, was einem Minderjährigen zum Nachtheile gereichte, als **ipso jure** nichtig ansehen müßte.

2. Die Pandekten sind erst zwei Jahre später vollendet worden; wir würden also die vielen Stellen, welche die Usucapion gegen Minderjährige als zulässig bezeichnen, darin wohl nicht lesen, wenn Justinian in der That die Absicht gehabt hätte, die Usucapion gegen Minderjährige zu untersagen.

3. Vollends unvereinbar mit dieser Absicht ist, daß die Revisoren des Codex den Titel **Si adversus usucapionem (scil. in integrum minor restitui velit)**, der jene unter A. a. (Not. 5.) angeführte Constitution von Diocletianus und Maximianus enthält, und dessen ganze Bedeutung auf der Voraussetzung beruht, daß gegen Minderjährige Usucapion möglich sei, beibehalten haben. Denn daß ein ganzer unpraktisch gewordener Titel, und wenn sich darin auch, wie in diesem, mehr nicht als Eine Stelle findet, absichtlich, bloß zum Behuf geschichtlicher Erläuterung, in der neuen Ausgabe des Codex sollte beibehalten worden sein, läßt sich nicht annehmen. Man müßte also ein Versehen voraussetzen; diese Voraussetzung aber ist, da die Justinianische Constitution damahls, als die neue Ausgabe des Codex besorgt wurde, schon ins dritte Jahr galt, und die Revisoren sie nur wenige Blätter weiter einschalteten, ebenfalls unstatthaft. Hiernach müssen wir also bei der eigentlichen Bedeutung der in der Constitution gebrauchten Worte stehen bleiben; wir dürfen sie nur

auf die Verjährung der Klagen, nicht auf die Ersitzung des Eigenthums beziehen.

Das Resultat aus allem Bisherigen ist dieses:

1. Von der ordentlichen Ersitzung des Eigenthums sind Sachen der Minderjährigen, der unmündigen, wie der mündigen, nur insoweit ausgeschlossen, als ihre Veräußerung gesetzlich untersagt ist.

2. Bei der außerordentlichen Ersitzung des Eigenthums darf die Zeit, während welcher der bisherige Eigenthümer unmündig gewesen ist, nicht in Anschlag gebracht werden. Auf den ersten Blick kann es wunderlich scheinen, daß die Zeit der Unmündigkeit nur bei der außerordentlichen Ersitzung nicht soll eingerechnet werden dürfen; dieser Unterschied möchte sich indessen doch dadurch rechtfertigen lassen, daß die außerordentliche Ersitzung in Hinsicht der Qualification des Besitzes so viel leichter ist, als die ordentliche.

β. Von den Erfordernissen der ordentlichen Ersitzung. (§. §. 256—266.)

† INST. II, 6. † DIG. XLI, 3.

§. 256.

αα. Uebersicht.

Die ordentliche Ersitzung erfordert:

1. Besitz, und zwar einen solchen, der überhaupt als ein juristischer Besitz angesehen werden kann [1]). Im Allgemeinen ist hierüber zu vergleichen das Kapitel vom Besitze (Buch I. Kap. VIII.). Einzelnes enthält der §. 257.

2. Eine eigenthümliche Qualification des Besitzes. Dazu gehört: der Besitz muß ein ursprünglicher sein; dies bedarf keiner weiteren Erörterung. Ferner, er muß mit gutem Glauben verbunden sein [2]). Davon §. 258. Desgleichen wird eine Justa causa erfordert [3]). Davon §. §. 259—261. Endlich: die

1) L. 25. D. h. t.
2) L. un. C. d. usuc. transform.
3) cit. L. un. C. d. usuc. transform. L. 24. C. d. R. V. III, 32. VII, 31.

Sache muß für die ordentliche Ersitzung geeignet sein [4]). — §. §. 262 — 264.

3. Eine die gesetzlich bestimmte Frist erfüllende Dauer des Besitzes [5]). §. 265.

4. Es darf keine Unterbrechung, keine **usurpatio** Statt gefunden haben [6]). §. 266.

ββ. Weitere Ausführung.

§. 257.

a. Ueber den Besitz an sich.

1. Ein Begriffsganzes kann als solches nicht besessen und daher auch nicht usucapirt werden [1]).

2. Bei dem Erfordernisse des Besitzes ist zu berücksichtigen der Unterschied zwischen dem Besitze eines Ganzen und dem Besitze der einzelnen Theile eines Ganzen — ein Gegenstand, der, seinen allgemeinen Beziehungen nach, schon im §. 209. vorgekommen ist, hier nun aber **ex professo** in seiner besonderen Beziehung auf die Ersitzung erwogen werden muß. Es sind dabei mehre Fälle zu beachten.

Zuerst wollen wir uns denken, Jemand ist im Besitze eines Ganzen und hat diesen Besitz so lange fortgeführt, daß er nunmehr durch Usucapion Eigenthümer des Ganzen geworden ist. Jetzt erst, nach bereits vollendeter Usucapion, werden einzelne Theile von dem Ganzen getrennt. Was wird davon der Erfolg sein? Die Regel ist diese: durch diese Trennung wird weiter nichts bewirkt, als daß die abgesonderten Theile nun Gegenstand sind eines selbstständigen Besitzes und eines selbstständigen Eigenthums. Denn so ist es der Regel nach überall, wo das Eigenthum an einem Ganzen auf irgend einem andern Grunde beruht, und es ist nicht abzusehen, warum es sich dann anders verhalten sollte, wenn das Eigenthum an dem Ganzen durch Usucapion gerade begründet ist. Allerdings aber gibt es Einen Fall, in dem man überhaupt einen wesentlichen Unterschied macht

4) §. 10. I. h. t.
5) L. 3. D. h. t.
6) L. 2. D. h. t.

1) L. 30. §. 2. D. h. t. Vergl. §. 206.

zwischen dem Eigenthum an dem Ganzen und dem Eigenthum an einzelnen Theilen — und da muß denn dieser Unterschied insbesondere auch bei der Usucapion berücksichtiget werden. Dieser Fall tritt ein bei Gebäuden. Angenommen, auf dem Grundstücke des **A.** ist ein Gebäude aufgeführt aus Materialien, welche dem **B.** gehören. Hier wird **A.**, nach Grundsätzen, die wir in der Folge näher werden kennen lernen, Eigenthümer des Gebäudes, als eines Ganzen. Aber die Baumaterialien, wiefern sie als etwas Selbstständiges für sich gedacht werden, bleiben der Regel nach in dem Eigenthume des **B.** So lange die Verbindung währt, kann **B.** allerdings nicht verlangen, daß seine Baumaterialien ihm restituirt werden; wird die Verbindung aber aufgehoben, wird das Gebäude zerstört, so kann er jetzt sein Eigenthumsrecht an den Materialien geltend machen, wie lange auch immer das Gebäude gestanden haben mag. Denken wir uns nun, daß irgend ein Dritter, wir wollen ihn **C.** nennen, sich in dem Besitze des Gebäudes befindet, und durch Usucapion das Eigenthum daran erwirbt. Dann wird dadurch allerdings das Eigenthum des **A.** aufgehoben — aber in dem Verhältniß zu **B.** wird dadurch nichts geändert. Wird daher das Gebäude zerstört, und nimmt nun **B.** die Baumaterialien in Anspruch; so wird sich **C.** darauf nicht berufen können, daß er das Gebäude im Ganzen usucapirt habe; vielmehr wird er die Baumaterialien an den **B.** herausgeben müssen, wofern er sie nicht etwa nach erfolgter Trennung besonders usucapirt hat [2]).

Wesentlich verschieden von der hier entwickelten Ansicht ist diejenige, welche Unterholzner [3]) aufstellt. Ich kann mich hier auf keine Polemik gegen Unterholzner einlassen; allein da er unter den Neueren der Hauptschriftsteller über die Verjährung ist, so glaube ich, seine Ansicht wenigstens anführen zu müssen: Sie geht aber dahin, daß überhaupt, und nicht etwa bloß bei Gebäuden, die Usucapion eines unbeweglichen Ganzen den Usucapirenden niemals zum Eigenthümer mache der beweg-

2) **L. 23. §. ult. D. d. R. V. VI, 1. L. 7. §. 11. D. d. A. R. D. XLI, 1.** v. Savigny, D. Recht d. Besitzes. §. 22. 6te Aufl. S. 304. folg. 307 — 309.

3) Unterholzner, Ausführliche Entwickel. d. Verjährungslehre. Bd. I. S. 165 — 167.

chen Theile dieses Ganzen. Ich kann mich indessen von der Richtigkeit dieser Ansicht nicht überzeugen.

Ein zweiter Fall ist dieser: es besitzt Jemand ein Ganzes aus ungleichartigen Theilen, und befindet sich dabei **in conditione usucapiendi.** Noch vor vollendeter Usucapion aber wird ein einzelner Theil von dem Ganzen getrennt. Von Eigenthum kann hier natürlich noch nicht die Rede sein: nur von Besitz. Mit diesem aber verhält es sich so: an dem getrennten Theile fängt nunmehr ein selbstständiger Besitz an, der mit dem früheren nur insofern im Zusammenhange steht, daß es keiner neuen Apprehension bedarf, und daß die **justa causa**, auf welcher der Besitz des Ganzen beruhet, auf den neuen Besitz mit bezogen wird. Im Uebrigen aber ist dieser neue Besitz von dem früheren unabhängig. Er erfordert, wenn er durch Usucapion Eigenthum gewähren soll, seine besondere **bona fides** und seinen besonderen Zeitverlauf. Der frühere Besitz kommt in dieser Beziehung gar nicht in Betracht [4]). Unterholzner [5]) beschränkt das hier Gesagte auf bewegliche Theile eines unbeweglichen Ganzen: wer eine zusammengesetzte bewegliche Sache besitzt, und dabei **in conditione usucapiendi** ist, der soll nach aufgelöst'er Verbindung der Theile, an diesen den früher begonnenen Usucapionsbesitz fortsetzen.

Ich komme zu einem dritten Falle. Jemand hat an dem Gegenstande **A.** einen selbstständigen Usucapionsbesitz. Aber noch vor vollendeter Usucapion verbindet er diesen Gegenstand mit andern zu einem neuen Ganzen. Der Fall ist also dem vorigen gerade entgegengesetzt. Nach allgemeinen Grundsätzen nun werden wir hier so sagen müssen: mit dem Augenblicke der zu Stande gebrachten Verbindung hört der selbstständige Besitz an dem Gegenstande **A.** auf; der Besitz desselben in dem Ganzen, zu welchem er gegenwärtig gehört, ist ein neuer Besitz, und wie diesemnach der frühere Besitz nicht weiter fortgesetzt wird, so muß auch die früher begonnene Usucapion nunmehr als unterbrochen angesehen werden.

4) **L. 23. pr. et §. 2. D. h. t.** (Vergl. §. 209. S. 621. folg.) Savigny a. a. O. S. 304. folg.

5) Unterholzner a. a. O. S. 174.

Allein die allgemeinen Grundsätze werden hier nicht mit strenger Consequenz zur Anwendung gebracht.

Wenn ich in der Usucapion einer beweglichen Sache begriffen bin, und diese noch vor vollendeter Usucapion mit einer anderen gleichfalls beweglichen Sache in Verbindung setze, so wird meine Usucapion nicht unterbrochen; ich setze sie fort [6]).

Wie nun aber, wenn ich jene bewegliche Sache mit einer unbeweglichen verbinde? — Savigny, dem ich darin beipflichte, will hier dieselbe Regel angewandt wissen, außer wenn von Baumaterialien die Rede ist, die in einem Gebäude verwandt worden. Unterholzner dagegen ist der Meinung: bei beweglichen Sachen werde durch ihre Verbindung mit einer unbeweglichen Sache die Usucapion jederzeit unterbrochen. (S. Not. 6.)

Man mag der einen oder der andern Ansicht zugethan sein; immer macht die in der Note 7. angeführte Stelle eine eigene Schwierigkeit. Da nämlich wird folgender Fall gesetzt: es besitzt Jemand fremde **Tegulae**, oder fremde **Columnae**; an dem Ablauf der Usucapionsfrist fehlen nur noch zehn Tage; da verbindet der Besitzer jene Gegenstände mit einem von ihm besessenen Gebäude. Hier soll die Usucapion fortlaufen. Man hat diese Stelle auf verschiedene Weise mit den sonst geltenden Grundsätzen zu vereinigen gesucht. Ich kann keinen dieser Versuche für befriedigend halten. Vielmehr glaube ich, man muß den eben angegebenen Inhalt der Stelle als eine singuläre Vorschrift betrachten: wo nur noch so wenig Zeit fehlt, da soll eine Ausnahme eintreten. Das ist auch Unterholzners Ansicht.

3. In solchen Fällen, wo der Erwerb des Besitzes durch Stellvertretung ein specielles Wollen von Seiten des Repräsentirten voraussetzt, da fängt für diesen der Usucapionsbesitz erst mit dem Augenblicke an, da er von der erfolgten Besitzergreifung Kunde erhalten hat. Hiervon ist die Rede gewesen im §. 210.

6) **L. 30. §. 1. D. h. t.** in den Worten »Quid ergo ..... integrum.« Ueber die anscheinend widerstreitende **L. 7. §. §. 1. 2. D. ad exhib. X, 4.** s. Savigny a. a. O. S. 310. Anm. 1. u. Unterholzner a. a. O. S. 173.

7) **cit. L. 30. §. 1. D. h. t.** in den Worten »**Labeo ..... possedisset.** Vgl. Savigny a. a. O. S. 309. folg. Unterholzner a. a. O. S. 167. folg.

4. Endlich: wenn Jemand eine Sache, in deren Usucapion er begriffen ist, zu Pfand gibt; so wird in ihm, zum Behuf der Fortsetzung der Usucapion, Besitz fingirt [8]).

§. 258.

b. Ueber den guten Glauben.

1. Der Begriff der **bona fides** ist in folgender Weise zu bestimmen: Der Besitzer muß die redliche Ueberzeugung haben, Eigenthümer zu sein; hat er diese, so ist er **in bona fide**. Es wird also vorausgesetzt Unbekanntschaft mit dem Rechte des wirklichen Eigenthümers [1]) und zwar eine entschuldbare Unbekanntschaft — sie darf nicht etwa in einer **Juris ignorantia** ihren Grund haben [2]). Dies allein ist nun aber noch nicht hinreichend: der Besitzer muß auch positiv glauben, daß er Eigenthümer sei. Es kann sein, der wahre Grund, warum er nicht Eigenthümer ist, ist ihm verborgen, aber aus einem falschen Grunde glaubt er, nicht Eigenthümer zu sein. Alsdann ist er nicht **in bona fide** [3]). Dies letzte unterliegt jedoch folgender Modification: wenn der Besitzer von der Existenz einer Thatsache, bei deren Kenntniß er sich für den Eigenthümer halten würde, nicht unterrichtet ist, und bloß deshalb nicht glaubt, Eigenthümer zu sein — so hindert dieser Umstand die Usucapion nicht. So z. B. wenn er von der Erfüllung einer Bedingung, auf die es ankommt, keine Kenntniß hat [4]). Uebrigens ist die Vorstellung des Besitzers von dem Eigenthum an der Sache das Einzige, was hier bei der Beurtheilung der **bona fides** in Betracht kommt. Immerhin mag also der Besitzer es wissen, daß Andere Servituten oder Pfandrechte an der Sache haben, das kann die Usucapion nie hindern [5]).

2. Es fragt sich: wenn der Besitz durch einen Stellvertreter

8) L. 1. §. 15. L. 36. D. d. possess. XLI, 2. L. 16. L. 33. §. 4. D. h. t. Vergl. den §. 210. Bd. I. S. 625.

1) L. 109. D. d. V. S.

2) L. 31. pr. D. h. t. L. 2. §. 15. D. pro emtore. XLI, 4. ».... non capies usu, quia juris error nulli prodest.«

3) L. 32. §. 1. D. h. t. Es scheint, daß man im Anfange dieser Stelle statt »usucapere« lesen müsse »habere.«

4) Vergl. L. 44. §. 4. D. h. t. L. 2. §. 2. D. pro emtore. XLI, 4.

5) L. 43. §. §. 1. 2. D. d. possess. XLI, 2.

erworben wird — wer ist derjenige, auf dessen **bona fides** es ankommt, der Repräsentant, oder der Repräsentirte?

Aus demjenigen, was in einer Stelle der Pandekten [6]) über den Besitzerwerb durch Sclaven gesagt wird, lassen sich folgende allgemeine Sätze ableiten: In der Regel kommt lediglich die **Fides** des Repräsentirten in Betracht. Inwiefern mir jedoch der Usucapionsbesitz durch den Repräsentanten, ohne mein Vorwissen erworben werden kann, insofern kommt es allein auf dessen **Fides** an; ausgenommen wenn ich zufällig von dem Besitzerwerbe gleich Anfangs Kenntniß habe. Bin ich schon da unterrichtet, daß die Sache eine fremde ist, so kommt die etwaige **bona fides** des Repräsentanten mir nicht zu Statten. Und der Inhalt dieser Stelle muß bei der Interpretation einer andern unbestimmt gefaßten Stelle, welche sich gleichfalls auf diese Frage bezieht [7]), zum Grunde gelegt werden.

3. Wenn Jemand auf den Grund eines Successionsverhältnisses in den Besitz einer Sache gekommen ist, so kann die Frage aufgeworfen werden, ob und inwieweit auf seine eigene oder auf seines Vorgängers **Fides** Rücksicht zu nehmen sei? Diese Frage wird sich indessen besser in der Folge beantworten lassen im §. 265.

4. Wer, indem er gleichzeitig zu dem Besitze mehrer Sachen gelangt, nur hinsichtlich einiger, oder, indem er den Besitz eines Ganzen ergreift, nur hinsichtlich eines Theiles **in mala fide** ist, wird dadurch an der Usucapion der übrigen Sachen und des übrigen Ganzen nicht gehindert [8]).

5. Es fragt sich: wann bedarf es der **bona fides**? Der Besitzer muß nothwendig **in bona fide** sein zu Anfange des Besitzes [9]). Es wird daher **bona fides** erfordert im Augenblick der

6) In der **L. 2. §. §. 10 — 13. D. pro emtore. XLI, 4.** (Die Schlußworte des §. 11. »et si vitiose coeperit possidere« u. s. w. gehen auf den darin zuerst bezeichneten Fall.)

7) **L. 43. §. 1. D. h. t.**

8) **L. 6. §. 1. D. pro emtore. XLI, 4. L. 43. pr. D. d. possess. XLI, 2. L. 4. D. pro emtore.** (Im pr. dieser Stelle ist mit Hal., gegen den Cod. Flor., »alienam esse non ignoraverat« statt »alienam non esse ignoraverat« zu lesen.)

9) **L. un. C. d. usuc. transform. VII, 31.**

Ergreifung des Besitzes. Mehrentheils wird diese im Wege der Uebergabe erfolgen, und zwar in der Art, daß der Uebergabe ein früher eingegangener obligatorischer Vertrag zum Grunde liegt. In einem solchen Falle nun ist die Regel die: wenn ich zur Zeit des eingegangenen Vertrags weiß, daß die Sache, welche ich mir versprechen lasse, nicht dem Versprechenden angehört, sondern irgend einem Dritten, so hindert mich dies an der Usucapion der Sache keineswegs, sobald ich nur später, im Augenblicke der Tradition, die Ueberzeugung habe, daß die Sache dem Tradenten gehöre [10]). Von dieser Regel findet indessen eine Ausnahme Statt im Fall des Kaufes. Wußte der Käufer zur Zeit des geschlossenen Kaufes, daß die erkaufte Sache dem Verkäufer nicht gehöre, so kann derselbe nicht usucapiren, ungeachtet er zur Zeit der Uebergabe in der Meinung stehen mag, der Verkäufer sei Eigenthümer. Hier also kommt es nicht bloß auf den Zeitpunkt der Besitzergreifung, sondern zugleich auf den des Kaufes an [11]). Mehr als das Vorhandensein der **bona fides** zu Anfange des Besitzes ist nun aber auch nicht erforderlich: die s. g. **mala fides superveniens** schadet nie [12]).

6. Wenn die **bona fides** zur Contestation kommt, so hat im Allgemeinen derjenige, welcher usucapirt zu haben behauptet, die Präsumtion für sich, und liegt daher dem Gegner ob, den Beweis der **mala fides** zu führen.

So verhält es sich mit der **bona fides** nach Römischem Rechte. Die, in unser heutiges gemeines Recht übergegangenen Abweichungen des Canonischen Rechts bestehen darin: die **bona fides** muß eine ununterbrochene sein [13]). Auch kann in keinem Falle die **bona fides** des Repräsentanten dem Repräsentirten zu Statten kommen, sobald er selbst in **mala fide** ist.

10) **L. 15. §. ult. D. h. t. L. 2. pr. D. pro emtore. XLI, 4.** in den Worten »Scilicet . . . . . existimem illius esse.«

11) **cit. L. 2. pr. D. pro emtore** in den Worten »at in emtione« u. s. w.

12) **cit. L. un. C. d. usucap. transform.**

13) **c. 20. X. d. praescript. II, 26.** (Vergl. §. 153. Bd I. S. 443.)

c. Ueber die Justa causa.

§. 259.

aa. Allgemeine Grundsätze.

I. Begriff der Justa causa.

Wenn man davon spricht, daß die Usucapion eine **justa causa** erfordere, so meint man dieses damit: Der Besitzer muß angeben können, wie er zu der Sache gekommen sei, und die Art und Weise, wie dies geschehen ist, muß eine solche sein, die den Besitzer unmittelbar zum Eigenthümer gemacht haben würde, wenn dabei nicht irgend ein Mangel Statt gefunden hätte, welcher ihm unbekannt blieb. Ein solcher Grund nun des Besitzes ist es, der hier unter einer **Justa causa** verstanden wird.

Hieraus ergibt sich von selbst, daß dem Besitzer ein Mangel in Bezug auf das ihm Bekannte für die Usucapion nicht zu Statten kommen kann. Deshalb kann denn namentlich der Besitz desjenigen, welcher angibt, mittelst eines bedingten Rechtsgeschäftes zum Besitze der Sache gelangt zu sein, vor erfüllter Bedingung, für keinen Usucapionsbesitz gelten [1]). Die dem Besitzer unbekannten Mängel können aber von sehr verschiedener Art sein. So kann da, wo Einer durch Uebertragung, Eigenthümer geworden zu sein meint, der Mangel darin liegen, daß der Uebertragende nicht Eigenthümer ist, und auch nicht etwa die Befugniß besitzt, im Namen des Eigenthümers zu handeln [2]). Oder es kann auch der Uebertragende zwar Eigenthümer, aber nicht dispositionsfähig sein [3]). Oder es kann, wenn Jemand mir seine Sache legirt hat, der Mangel daher kommen, daß der letzte Wille nicht rechtsbeständig ist [4]) u. s. w.

II. Ueber den Error falsae causae.

Eine sehr wichtige Frage ist die: Wenn die **Causa**, welche Jemand für seinen Besitz anführt, nicht einmal wirklich vorhan-

1) Siehe **L. 2. §. 2. init. D. pro emtore. XLI, 4. L. 1. §. 2. D. pro dote. XLI, 9.**

2) **L. 7. §. 6. D. pro emtore. L. 109. D. d. V. S.** »Bonae fidei emtor esse videtur, qui aut ignoravit, eam rem alienam esse, aut putavit, eum, qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.«

3) **L. 2. §. §. 15. 16. D. pro emtore.**

4) **L. ult. D. pro legato. XLI, 8.**

den ist, wenn er die Existenz derselben nur irriger Weise voraussetzt — wird da schon die bloße Meinung von dem Vorhandensein jener Causa, wird also der **Error falsae causae**, zur Begründung des Usucapionsbesitzes genügen? Die Neuern drücken diese Frage häufig so aus: Genügt auch schon eine **putativa causa**? Unter den älteren Römischen Juristen hielten Einige dafür, daß auch schon eine solche Causa vollkommen genüge. In einer Stelle von Ulpian in den Pandekten [5]) geschieht dieser Ansicht Erwähnung. Zugleich aber wird dieselbe gemißbilligt. Und damit stimmen eine Stelle der Institutionen [6]) und des Codex [7]) überein. Es wird eine wahre, wirklich vorhandene **Causa** erfordert [8]). Eine Ausnahme von diesem Grundsatze wird vorkommen im §. 261.

Was aber die Regel betrifft, so darf man bei der Anwendung derselben folgenden Umstand nicht unbeachtet lassen: durch Tradition wird, wie wir weiterhin sehen werden, Eigenthum auch dann übertragen, wenn schon Tradent und Accipient irriger Weise voraussetzen, daß der Tradent zur Uebertragung des Eigenthums obligatorisch verpflichtet sei. Hieraus ergibt sich für die Usucapion folgende Regel: wenn Jemand seinen Besitz auf eine erfolgte Tradition gründet, so muß allerdings diese Tradition wirklich geschehen sein, und zwar in der Absicht, Eigenthum zu übertragen; aber das schadet nicht, wenn Tradent und Accipient dabei irriger Weise eine in der That nicht vorhandene **Obligatio ad tradendum** vorausgesetzt haben [9]).

Das eben Gesagte leidet indessen eine Ausnahme: nämlich, wenn Jemand mir eine Sache tradirt in Beziehung auf einen irriger Weise vorausgesetzten, gar nicht abgeschlossenen Kauf. Dadurch wird in der Regel kein Usucapionsbesitz begründet. Der Grund liegt in etwas, was im vorigen Paragraphen vorgekommen ist. Nämlich da haben wir gesehen: soll die Usucapion

5) **L. 27. D. h. t.**

6) §. 11. I. h. t.: »Error . . falsae causae usucapionem non parit . . . . . .«

7) **L. 4. C. d. usuc. pro herede. VII, 29.**

8) Beispiele der Anwendung dieses Grundsatzes enthalten **L. 2. §. 2. D. pro emtore. L. 1. pr. D. pro donato. XLI, 6. L. 6. D. pro derelicto. XLI, 7. L. 2. D. pro legato. XLI, 8.**

9) **L. 3. L. 4. §. 2. D. pro suo. XLI, 10.**

auf einen Kauf gegründet werden, so kommt es bei Beurtheilung der **bona fides** nicht bloß auf den Moment der Tradition an, sondern auch auf den Moment des abgeschlossenen Kaufes. In beiden Momenten muß einer in **bona fide** gewesen sein, um sagen zu können, er habe **bona fide** zu besitzen angefangen. Der Moment des Kaufes ist aber natürlicher Weise da gar nicht vorhanden, wo in der That kein Kauf geschlossen ist; und sonach fehlt es in einem solchen Falle an einer Voraussetzung, die für die Beurtheilung der **bona fides** nicht entbehrt werden kann [10]). Indessen: Wenn besondere Gründe vorhanden sind, durch welche der obwaltende Irrthum sich rechtfertigen läßt, so soll dennoch, auch im Fall eines irrig vorausgesetzten Kaufes, Usucapion Statt finden [11]). In einem solchen Falle kommt also die Regel in Beziehung auf die **bona fides** beim Kaufe nicht zur Anwendung.

III. Bezeichnung der Justa causa.

Wenn nur überhaupt dieses bezeichnet werden soll, daß Jemand **ex justa causa** besitze, und dadurch in den Stand gesetzt werde zu usucapiren, so sagt man, er besitze, er usucapire **pro suo**. Mehrentheils aber wird die **justa causa** genauer angegeben. Doch sagt man da, wo Jemand durch Tradition zum Besitze gelangt ist, nie, er besitze **pro tradito**; sondern man geht auf den Grund der Tradition zurück. Meistentheils liegt dieser in einer vorangegangenen **Obligatio**; derjenige, welcher tradirt, thut es, um Zahlung zu leisten. Alsdann sagt man von dem Empfänger, er besitze, usucapire **pro soluto**. Noch häufiger aber wird die zum Grunde liegende **Obligatio** specieller bezeichnet. So sagt man im Fall eines Kaufes, der Empfänger besitze oder usucapire **pro emtore**. Wo jedoch die Tradition auf den Grund eines nur irriger Weise vorausgesetzten obligatorischen Verhältnisses erfolgte, da pflegt diese speciellere Art der Bezeichnung nicht angewandt zu werden; sondern hier ist das Gewöhnliche dieses, daß man sich nur jener allgemeineren Ausdrücke **pro soluto** oder **pro suo** bedient. Zuletzt erinnere ich noch an etwas, was ich schon

10) Vgl. **L. 48. D. h. t. L. 2. pr. D. pro emtore.**

11) **L. 11. D. pro emtore. L. 5. §. 1. D. pro suo. XLI, 10.**

im §. 219. gesagt habe; daran nämlich, daß die Römer die Causa possessionis häufig mit dem Ausdrucke »Titulus« bezeichneten, es sei nun von dem Besitze überhaupt, oder insbesondere von dem Usucapionsbesitze die Rede. Daher drückt man denn das Erforderniß einer **justa causa** bei der Usucapion auch so aus: es ist ein **justus titulus** erforderlich. Und daher spricht man denn ferner von einem **titulus pro emtore**, **pro donato** u. s. w.

§. 260.

bb. Einzelne Titel.

Ich wende mich nunmehr zu den einzelnen Titeln, die ich kurz in derselben Ordnung durchgehen will, in welcher sie in den Pandekten abgehandelt werden.

Hierher nun gehört:

Zuerst der Titel **pro soluto**. Was man unter diesem versteht, habe ich vorhin schon gesagt. Wir haben gesehen, daß dieser Titel von sehr großem Umfange ist. Es beziehen sich darauf unter Andern die unten angeführten [1]) Stellen, die am Schluß des allgemeinen Titels von der Usucapion stehen. In vielen Handschriften geht ihnen indessen eine eigene Ueberschrift voran, nämlich die Ueberschrift »**Pro soluto**«.

Zweitens von der **pro emtore usucapio** [2]) handeln die in Note 2. angeführten Titel.

Im vorjustinianischen Rechte hatte die Usucapion für den Grund eines Kaufes viel Eigenthümliches. Im justinianischen Rechte zeigt sich das Unterscheidende 1. bei der Beurtheilung der **bona fides**; 2. darin, daß ein bloß putativer Kauf zur Begründung der Usucapion nicht so leicht für genügend geachtet wird, als irgend ein anderes putatives Verhältniß. Vgl. §. §. 258. 259.

Zweifelhaft ist es, ob zur **Usucapio pro emptore** auch dieses gehöre, daß der Verkäufer wegen des Kaufpreises zufrieden gestellt sei. Ich halte die bejahende Antwort für die richtige, und verweise deshalb auf die Ausführung bei Unterholzner [3]).

1) **Pro soluto. L. 46 – 48. D. h. t.**

2) **Dig. XLI, 4. Pro emtore. Cod. VII, 26. De usucapione pro emtore vel transactione.**

3) Unterholzner, Ausführliche Entwickel. der Verjährungsl. §. 110.

Drittens. Auf die **Pro herede usucapio** beziehen sich gleichfalls zwei eigene Titel [4]). In der Ueberschrift des daselbst angeführten Pandektentitels sind die Worte »**vel pro possessore**« wahrscheinlich unecht. Das Nähere über diesen Titel enthält der §. 261.

Viertens. Auf die **Pro donato usucapio** beziehen sich in den Pandekten der Titel **XLI, 6**, im Codex der Titel **VII, 27.** [5]). Die Voraussetzung dabei ist die, daß ein Anderer mir eine Sache tradirt hat, in der Absicht, mir dieselbe zu schenken, ohne daß ich durch die Tradition selbst Eigenthümer geworden wäre. Für diese **Causa** ist von großer Wichtigkeit das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, worüber ich mir das Nähere vorbehalte für den §. 262.

Fünftens. Auf den Fall, da Jemand eine Sache **pro derelicto** besitzt, bezieht sich der Pandektentitel **XLI, 7.** [6]). Es wird dabei vorausgesetzt, daß der Nichteigenthümer eine Sache derelinquirt, und daß ich diese Sache occupire, gleich als ob sie eine **res nullius** wäre. Das Factum der Dereliction muß also seine Richtigkeit haben, und der Irrthum sich nur darauf beziehen, daß ich den Derelinquenten für den Eigenthümer halte, während er es nicht ist. Die bloße Meinung, daß die Sache derelinquirt sei, begründet keine **pro derelicto usucapio** [7]).

Sechstens. Von der **pro legato usucapio** handelt der Pandektentitel **XLI, 8.** [8]).

Es läßt sich hier ein Besitz denken gegründet auf Tradition — aber auch ein Besitz beruhend auf einseitiger Besitzergreifung [9]).

Der Grund übrigens, warum hier der Besitzer nicht sofort Eigenthümer wird, kann von sehr mannigfaltiger Art sein. Das Legat kann in der Art und Weise, wie es angeordnet worden, fehlerhaft sein. Oder es kann hinterdrein zurückgenommen sein.

4) **Dig. XLI, 5. Pro herede vel pro possessore. Cod. VII, 29. De usucapione pro herede.** S. §. 261.

5) **Dig. XLI, 6. Pro donato. Cod. VII, 27. De usucapione pro donato.**

6) **Dig. XLI, 7. Pro derelicto.**

7) **L. 6. D. tit. cit.**

8) **Dig. XLI, 8. Pro legato.**

9) **a. L. 5. L. 6. D. tit. cit. b. L. 8. D. eod.**

Oder der Grund liegt darin, daß die legirte Sache weder dem Testator gehörte, noch auch dem Erben, von welchem der Besitzer sie etwa erhalten hat, sondern irgend einem Dritten [10]). Nur aber wird in dem Besitzer die für den Erwerb eines Legats erforderliche persönliche Fähigkeit vorausgesetzt; sonst kann keine **pro legato usucapio** Statt finden [11]).

Siebentens folgt die **pro dote usucapio** [12]).

Hier wird vorausgesetzt, daß Jemanden eine Sache **dotis nomine** gegeben ist, in der Absicht, ihn zum Eigenthümer zu machen, ohne daß er dadurch in der That Eigenthümer geworden wäre, wie wenn die Sache nicht demjenigen angehört, welcher sie gibt, sondern irgend einem Dritten. Begreiflicher Weise kann es nun aber da, wo der Begriff einer **Dos** wegfällt, auch keine **usucapio pro dote** geben. Wenn daher die Braut Sachen, welche Gegenstand der **Dos** sein sollen, dem Bräutigam übergibt, in der Absicht, ihn schon jetzt zum Eigenthümer zu machen, so kann der Bräutigam allerdings sogleich zu usucapiren anfangen, aber so lange die Ehe noch nicht wirklich geschlossen ist, hat das Gegebene nicht den Charakter einer **Dos** — so lange also kann man die Usucapion keine **pro dote usucapio** nennen; dazu wird sie erst von dem Augenblick an der geschlossenen Ehe [13]).

Und ferner: bei einer wirklich bereits eingegangenen Verbindung, welche kein **justum matrimonium** ist, gibt es auch keine **Dos** — und sonach muß hier die **pro dote usucapio** ebenfalls wegfallen [14]).

Achtens. Von der **pro suo usucapio** handelt der Pandektentitel **XLI, 10.** [15]). Nach Maßgabe desjenigen, was ich im vorigen Paragraphen bemerkt habe, kann man auch von demjenigen sagen, daß er **pro suo** usucapire, welcher **pro emtore**, oder **pro donato**, oder **pro legato** u. s. w. usucapirt [16]). Aber wo man einen gangbaren Ausdruck hat, die **justa causa** speciell zu bezeichnen, da ist es gewöhnlich, sich eben dieses speciellen

10) **L. 4. L. 9. D. eod.**
11) **L. 7. D. eod.**
12) **Dig. XLI, 9. Pro dote. Cod. VII, 28. De usucapione pro dote.**
13) **L. 1. §. 2. D. tit. cit.**
14) **L. 1. §. §. 3. 4. D. eod.**
15) **Dig. XLI, 10. Pro suo.**
16) **L. 1. pr. D. tit. cit.**

Ausdruckes zu bedienen. Wo es dagegen an einem solchen besonderen Ausdrucke fehlt, da ist man genöthiget, von dem allgemeinen Ausdrucke **pro suo** Gebrauch zu machen. So z. B. in den bei Gelegenheit der **pro dote usucapio** bezeichneten Fällen. Auch sind hierher noch einige andere nicht namentlich aufgeführte Fälle zu rechnen [17]).

§. 261.

cc. Insbesondere von der Pro herede usucapio.

Die Pro herede usucapio dient nicht etwa zum Erwerbe einer ganzen Erbschaftsmasse [1]), sondern nur zum Erwerbe einzelner in einer Verlassenschaft befindlicher Sachen. Der Nachlaß eines Verstorbenen aber kann sowohl fremde, als eigene Sachen enthalten. Es fragt sich daher, ob jene, oder diese Gegenstand sind der **Pro herede usucapio**. Bezöge sich die **Pro herede usucapio** auf fremde Sachen, so müßte sie eine an diesen von dem wirklichen Erben, auf den Grund der Erbfolge grade, begonnene Usucapion sein. Allein eine selbstständige Usucapion wird durch die Erbfolge nie begründet; die bloße Erbfolge setzt den Erben nur in den Stand, dasjenige zu usucapiren, was schon der Verstorbene zu usucapiren angefangen hatte, oder wenigstens zu usucapiren hätte anfangen können, wenn nicht der Gegenstand mit einem erst nach seinem Tode aufgehobenen **vitio** behaftet gewesen wäre [2]).

Schon hieraus ergibt sich das Unrichtige der Vorstellung, als ob der Erbe Sachen eines Dritten, die er in dem Nachlasse vorfindet und irriger Weise für Sachen des Verstorbenen hält, **pro herede** usucapiren könne. Es kommt indessen hinzu, daß Gajus in seinen Institutionen [3]) den Begriff der **Pro herede usucapio** auf eine Weise bestimmt, wodurch der eben bezeichnete Fall geradezu ausgeschlossen wird. Wenn daher Pomponius in der **L. 3. D. pro herede XLI, 5.** sagt:

17) Siehe unter Anderen **L. 15. §. 16. D. d. damno inf. XXXIX, 2.** (Missio ex secundo decreto) **L. 17. D. h. t.** (Adjudicatio rei alienae.)

1) Gaj. II. §. 54.

2) **L. ult. C. d. usuc. pro herede. VII, 29. L. 24. §. 1. D. h. t. XLI, 3.** Vgl. **L. 4. C. d. praescr. longi tempor. VII, 33.**

3) **II. §. 52.**

»Plerique putaverunt, si heres sim et putem, rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere«;

so darf dieß nicht von der **Pro herede usucapio** verstanden werden: sondern der Erbe usucapirt hier, vermöge einer Ausnahme von der Regel, daß der **Error falsae causae** keine Usucapion begründe, **pro suo** [4]). Also, auf Sachen dritter Personen, die in dem Nachlasse gefunden werden, bezieht sich die **Pro herede usucapio** nicht. Wohl aber kann durch sie Eigenthum erworben werden an des Verstorbenen eigenen Sachen. Wie dies nach Justinianischem Rechte geschehen könne, wird sich am Befriedigendsten nachweisen lassen, wenn zuvor die Theorie der **Pro herede usucapio** nach Grundsätzen des älteren Rechtes, ihren Hauptzügen nach, wird dargestellt sein.

Bis zum Zeitalter des Hadrianus verhielt es sich folgender Maßen: Wenn Jemand Sachen eines Verstorbenen, an welchen der wirkliche **Heres** (d. h. derjenige, der nach Grundsätzen des Civilrechts Erbe war) noch nicht Besitz ergriffen hatte, seiner Seits in Besitz nahm; so ward er dadurch in die Lage versetzt, sie usucapiren zu können, und diese **Usucapio** hieß **Pro herede usucapio** [5]). Dabei können wir uns den Besitzer erstens als einen Solchen denken, welcher **bona fide** in der irrigen Meinung stand, selbst **Heres** zu sein. Zweitens konnte der Besitzer **Bonorum possessionem** agnoscirt haben, sei es nun, daß er sich das Recht prätorischer Erbfolge **bona fide** aus bloßem Irrthume beilegte, oder daß er dasselbe in der That hatte; denn auch der wirkliche prätorische Erbe bedurfte der Usucapion, um an den dem Verstorbenen gehörig gewesenen Sachen Eigenthum **ex jure Quiritium** zu erwerben [6]). Drittens konnte es aber auch sein, daß der Besitzer weder irgend ein wirkliches Recht auf die Erbfolge hatte, noch auch nur, ein solches zu haben, vermeinte. Denn die **Pro herede usucapio** gehörte zu jenen im §. 249. angedeuteten Fällen, in welchen, gegen die sonstige Re-

4) S. Unterholzner, Ausführl. Entwickel. der Verjährungsl. §. 107.

5) Gaj. II. §. 52.

6) Vgl. Gaj. IV. §. 34.

gel, **bona fides** nicht für nöthig erachtet wurde. Sie konnte eine **lucrativa usucapio** sein; ein Ausdruck, mit welchem man jede **Usucapio** bezeichnete, durch die Jemand sich wissentlich zum Nachtheile eines Andern bereicherte [7]). Aber auch noch in einer andern Beziehung war die **Pro herede usucapio** auf eine eigenthümliche Weise begünstiget: Zur Vollendung derselben bedurfte es, selbst bei Grundstücken, nur Eines Jahres [8]). Diese Grundsätze galten bis auf die Zeit des Hadrianus. Da aber erfuhren sie in einem sehr wichtigen Punkte eine wesentliche Abänderung. Hadrianus veranlaßte nämlich ein Senatusconsult, dem zu Folge der wirkliche **Heres**, sobald er nur nicht grade ein **necessarius** wäre, zu den durch eine **lucrativa pro herede usucapio** in fremde Hände gekommenen Sachen, mittelst der **Hereditatis petitio**, eben so sollte gelangen können, wie wenn sie gar nicht wären usucapirt worden [9]). Dies mag in Beziehung auf das ältere Recht genügen.

Im Justinianischen Rechte bezieht sich

1. die **Pro herede usucapio** ebenfalls nur auf Sachen eines Verstorbenen. Wer etwas aus dem Vermögen eines noch Lebenden besitzt, kann dieß **pro herede** nicht usucapiren, selbst dann nicht, wenn er in der Meinung steht, der Eigenthümer sei bereits todt [10]).

2. Die **L. un. C. d. usuc. transform. VII, 31.** macht das Vorhandensein der **bona fides** zur nothwendigen Bedingung jeder Usucapion. Die **lucrativa pro herede usucapio** fällt also gänzlich weg; ungeachtet sich in einzelnen Stellen der Justinianischen Rechtsbücher Beziehungen darauf erkennen lassen. (Vergl. §. 207. Nr 2.) Ferner: der wirkliche **bonorum possessor** bedarf der Usucapion nicht mehr, da der ehemalige Unterschied zwischen Eigenthum **ex jure Quiritium** und bloßem **In bonis habere** aufgehoben ist. (Vergl. §. §. 222. u. 251.) Mithin kann die **Pro herede usucapio** nur noch demjenigen zu Statten kommen, welcher irriger Weise **Heres** oder **Bonorum**

7) **Gaj. II. §. §. 55. 56. 60.**
8) **Gaj. II. §. §. 53. 54.** (Vergl. §. 249.)
9) **Gaj. II. §. §. 57. 58. Id. III.** §. 201.
10) **L. 1. D. pro herede. XLI, 5.**

possessor zu sein glaubt. Fehlt es einem Solchen indessen an der persönlichen Fähigkeit zur Erbfolge, so verdient der Irrthum keine Entschuldigung. Und daher muß der Besitzer, wenn er auf den Grund eines Testamentes Erbe zu sein vermeint, testamenti factio haben [11]).

3. Derjenige, zu dessen Nachtheile die **Pro herede usucapio** gereicht, ist immer der wirkliche Erbe; jedoch können, wie im älteren Rechte, gegen ihn nur diejenigen Sachen **pro herede** usucapirt werden, die er selbst, seit dem Tode des Erblassers, noch nicht besessen hat [12]). Sui heredes sind, zu Folge der **L. 2. C. d. usuc. pro herede. VII, 29.**, dem Nachtheile der **Pro herede usucapio** gar nicht ausgesetzt. Ursprünglich dürfte die angeführte Stelle sich allerdings nur auf die **lucrativa pro herede usucapio** bezogen haben; allein für das Justinianische Recht kann sie keine andere Bedeutung haben, als diese: Gegen **suos heredes** gibt es überhaupt keine **Pro herede usucapio.**

4. Die erforderliche Dauer des Besitzes ist für die **Pro herede usucapio** ganz dieselbe, wie für jede andere Usucapion, da Justinian in der **L. un. C. d. usuc. transform. VII, 31.** bei Bestimmung der Fristen auf die mögliche Verschiedenheit der **Causa possessionis** keine Rücksicht nimmt.

d. Ueber die Unzulässigkeit der ordentlichen Ersitzung bei gewissen Gegenständen.

Bei vielen Sachen ist die ordentliche Ersitzung ausdrücklich untersagt; es gibt indessen auch gesetzliche Bestimmungen, welche zunächst nur die Veräußerung einer Sache verbieten, eben dadurch aber stillschweigend zugleich die ordentliche Ersitzung ausschließen. Mit diesen stillschweigenden Verboten wollen wir den Anfang machen.

§. 262.

aa. Stillschweigende Verbote.

Der Umstand, daß nach allgemeinen Grundsätzen eine vorgenommene Veräußerung ungültig ist, legt der ordentlichen Er-

11) **L. ult. D. pro herede.** 12) **L. 29. D. h. t. XLI, 5.**

sitzung kein Hinderniß in den Weg. Im Gegentheil, das ist bei der ordentlichen Ersitzung grade der häufigste Fall, daß Jemand mittelst einer Veräußerung in den Besitz einer Sache gekommen ist, daß diese Veräußerung aber nach allgemeinen Grundsätzen zu Recht nicht bestehen kann, und eben deshalb nicht geeignet ist, den Besitzer unmittelbar zum Eigenthümer zu machen, wie z. B. in dem Fall, da Jemand uns eine Sache verkauft und übergibt, die er zwar für die seinige hält, die aber in der That nicht ihm, sondern irgend einem Dritten gehört. Da kann auf dem Wege der ordentlichen Ersitzung erreicht werden, was durch die Veräußerung unmittelbar nicht bewirkt werden konnte. Ganz anders verhält es sich nun aber, wenn die Veräußerung einer Sache durch das Gesetz speciell verboten ist. Ein solches gesetzliches Veräußerungsverbot enthält stillschweigend zugleich ein Verbot der ordentlichen Ersitzung, d. h.: Wird die Sache dennoch, dem Verbot entgegen, veräußert, oder kommt sie auf andere Weise in fremde Hände, so kann das bisherige Eigenthumsrecht daran, selbst nicht durch das Medium der ordentlichen Ersitzung aufgehoben werden [1]). Bisweilen nun finden wir, daß, außer der Veräußerung, zugleich ausdrücklich auch die Ersitzung untersagt ist — entweder jede Ersitzung, so in den Fällen, welche ich im §. 254. unter den Nummern 2. und 3. angeführt habe — oder nur die ordentliche, wohin das Verbot der Veräußerung solcher Sachen zu rechnen ist, welche Gegenstand sind eines Vermächtnisses: hier ist unter gewissen Voraussetzungen die Veräußerung untersagt und daneben ausdrücklich zugleich die ordentliche Ersitzung. Das Nähere wird vorgetragen werden im §. 264. Hier haben wir nur diejenigen gesetzlichen Veräußerungsverbote zu berücksichtigen, welche von keinem ausdrücklichen Ersitzungsverbote begleitet sind. Von dieser Art ist:

1. Das Verbot der Veräußerung solcher Sachen, welche bevormundeten Personen angehören [2]). Dieses Verbot umfaßt zwar nicht alle in dem Vermögen eines Bevormundeten befindlichen

1) Ich verweise auf L. 28. pr. D. d. V. S. Vgl. §. 228. den Text zu Anm. 1. und L. 16. D. d. fundo dotali. XXIII, 5.

2) L. 1. §. 2. L. 8. §. 1. D. d. reb. eor. qui sub tutela etc. XXVII, 9. L. 22. L. 28. §. ult. C. d. administrat. tutor. V, 37.

Sachen, doch aber die meisten; und zwar in der Art: der Regel nach soll jede Veräußerung, ohne vorgängige obrigkeitliche Erlaubniß, nichtig sein; und auch diese obrigkeitliche Erlaubniß soll, gültiger Weise, nur unter bestimmten Voraussetzungen ertheilt werden können. Denken wir uns nun, daß Sachen eines Bevormundeten in die Hände dritter Personen gelangen, ohne daß dabei eine Veräußerung zum Grunde liegt, die mit dem eben erwähnten Verbote bestehen kann; so wird der Bevormundete sein Eigenthumsrecht weder unmittelbar verlieren, noch wird ihm dasselbe durch das Medium der ordentlichen Ersitzung entzogen werden können. — Das Nähere über dieses Verbot gehört in das Familienrecht. §. 759.

2. Ein anderes Veräußerungsverbot betrifft die Grundstücke solcher minderjähriger Personen, welche nicht unter Vormundschaft stehen. Nur unter obrigkeitlicher Auctorität sollen dergleichen Grundstücke gültiger Weise veräußert werden können. Und es gilt dies selbst in dem Falle, da der Minderjährige **veniam aetatis** erhalten hat [3]).

3. Ferner gehört hieher das Verbot der Veräußerung litigioser Sachen, wofern man anders, wie es gewöhnlich, und, meiner Meinung nach, mit Recht geschieht, annimmt, daß eine dem Verbot widerstreitende Veräußerung **ipso jure** null und nichtig sei [4]). Uebrigens wird nun aber durch dieses Verbot die ordentliche Ersitzung der in Streit befangenen Sache durch den Beklagten keineswegs ausgeschlossen; sondern die Bedeutung des Verbots für die Lehre von der Ersitzung zeigt sich nur in dem Falle, da die Sache aus den Händen des Beklagten in die Hände irgend eines Dritten übergeht: dieser Dritte kann dann, zum Nachtheile des Klägers, selbst nicht auf dem Wege der ordentlichen Ersitzung Eigenthümer werden.

4. Noch ist zu berücksichtigen das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten. Es fragt sich nämlich, inwieweit dadurch die ordentliche Ersitzung ausgeschlossen werde. Vorläufig ist dieses Verbotes schon im §. 260. bei Gelegenheit der **Usucapio pro**

3) **L. 3. C. d. his, qui veniam aetat. II, 45.**

4) Vgl. **L. 2. L. 4. C. d. litigios. VIII, 37.** u. §. 165.

donato gedacht worden. Hier will ich mich über die Beziehung desselben auf die Lehre von der Ersitzung näher erklären. Was darüber außerdem noch zu sagen ist, das gehört in das Familienrecht (§. 700.). Das Verbot lautet so: während die Ehe besteht, soll ein Ehegatte dem Andern nichts schenken, wodurch er, der Schenkende, ärmer, der Beschenkte aber reicher würde: eine solche Schenkung soll **ipso jure** nichtig sein [5]). Eben deshalb ist sie nun aber auch nicht geeignet, eine ordentliche Ersitzung zu begründen. Wenn also etwa der Mann eine ihm gehörige Sache **constante matrimonio** der Frau zum Geschenke macht; so wird die Frau weder unmittelbar Eigenthümerin, noch auch kann sie auf dem Wege der ordentlichen Ersitzung an der geschenkten Sache Eigenthum erwerben [6]). Ist dagegen die Sache keine Sache des Mannes, sondern eine **Res aliena**, so steht der Ersitzung kein Hinderniß entgegen [7]). Ferner: sobald nicht der Mann, sondern irgend ein Fremder der Frau eine dem Manne gehörige Sache schenkt, so ist das an sich keine Schenkung unter Ehegatten, und sonach kann in diesem Falle die Frau usucapiren. Anders freilich verhält es sich, wenn der Mann um die Schenkung weiß und sie geschehen läßt, und die Frau gleichfalls von der wahren Lage der Sache unterrichtet ist — dann wird dadurch die Schenkung zu einer Schenkung unter Ehegatten. Sind daher die eben angegebenen Voraussetzungen schon von Anfang an vorhanden, so kann die ordentliche Ersitzung gar nicht beginnen; treten sie aber ein nach bereits angefangener, aber noch nicht vollendeter Usucapion; so kann diese wenigstens nicht fortgesetzt werden [8]). Aus dem Gesagten ergibt sich, daß das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, die ordentliche Ersitzung nicht in dem Umfange ausschließt, wie dies der Fall ist bei andern Veräußerungsverboten. Davon aber liegt der Grund darin, daß das

5) **L. 1. D. d. donat. int. V. et U. XXIV, 1. L. 5. §. 8. D. eod.** in den Worten »**Hoc autem ..... locupletiorem.**« **L. 3. §. 10. D. eod.**

6) **L. 1. §. 2. D. pro donato. XLI, 6.**

7) **L. 3. D. eod.**

8) **L. 44. D. d. donat. int. V. et U. XXIV, 1.** (In der zweiten Hälfte dieser Stelle ist so zu interpungiren: »**quia transiit in causam ab eo factae donationis. Ipsius mulieris scientia proprius est**« etc. S. v. Savigny in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. B. I. S. 270. folg.)

Verbot sich nicht auf Veräußerungen überhaupt, sondern nur auf Schenkungen, und zwar unter bestimmten Personen gerade bezieht.

Was von der Bedeutung, welche gesetzliche Veräußerungsverbote für die ordentliche Ersitzung haben, gesagt worden ist, das gilt keineswegs in gleicher Weise von einzelnen obrigkeitlichen Verfügungen, wodurch die Veräußerung einer Sache untersagt werden mag: wenn hier die Veräußerung, des obrigkeitlichen Verbotes ungeachtet, vorgenommen wird, so kann derjenige, an welchen veräußert ist, nur insofern nicht usucapiren, als das Veräußerungsverbot ihm bekannt war [9]).

Eben so wenig kann ein testamentarisches Veräußerungsverbot einem gesetzlichen gleichgestellt werden. Einige Neueren zwar sind für die Gleichstellung, Andere aber verwerfen dieselbe und zwar mit Recht. Von testamentarischen Veräußerungsverboten läßt sich mehr nicht behaupten, als Folgendes:

1. Wenn Jemand in seinem letzten Willen verordnet hat, daß gewisse Sachen seinen Erben erhalten, daß sie nicht veräußert werden sollen, und die Vormünder der Erben diese Sachen dennoch veräußern, so soll die Veräußerung ungültig sein — und die veräußerten Sachen sollen auch nicht usucapirt werden können [10]). Die Stelle des Codex, welche diesen Grundsatz ausspricht, ist noch aus einer Zeit, wo das gesetzliche Verbot der Veräußerung von Sachen, welche bevormundeten Personen angehören, noch nicht die Ausdehnung erhalten hatte, die man ihm späterhin gegeben. Seitdem dieses geschehen ist, hat die Stelle ihre praktische Wichtigkeit beinahe ganz verloren.

2. Wenn ein testamentarisches Veräußerungsverbot von der Beschaffenheit ist, daß es ein stillschweigendes Vermächtniß involvirt; so finden die gesetzlichen Bestimmungen Anwendung, welche allgemein hinsichtlich solcher Sachen gelten, die Gegenstand eines Vermächtnisses sind. Diese gesetzlichen Bestimmungen werden wir kennen lernen im §. 264.

Nach dem, was hier über stillschweigende Usucapionsverbote bemerkt worden, wende ich mich nunmehr zu den ausdrücklichen

9) L. 12. D. h. t. Vgl. §. 229.
10) L. 2. C. d. usucap. pro emtore etc. VII, 26. (Alexander. A. 224.)

Verboten. Diese sind von einer gedoppelten Art. Es gibt nämlich Verbote, welche die ordentliche Ersitzung gewisser Sachen schlechthin untersagen, ohne alle Rücksicht auf die Persönlichkeit des Eigenthümers. Daneben gibt es nun aber auch solche Verbote, welche auf die besondere Begünstigung bestimmter Personen abzwecken.

bb. Ausdrückliche Verbote.

§. 263.

1. Ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit des Eigenthümers.

Erstens: Verbot der Usucapion an **Rebus furtivis.**

Die allgemeine Regel ist: **Res furtivae** sind von der ordentlichen Ersitzung ausgeschlossen [1]). Was aber das Einzelne betrifft, so fragt es sich vor allem, wie kann eine Sache zu einer **Res furtiva** werden? Die Antwort ist:

Dadurch, daß an ihr ein **Furtum** begangen wird. Ein **Furtum** kann aber nur an einer beweglichen Sache verübt werden; hieraus ergibt sich von selbst, daß unser Verbot nur bewegliche Sachen zum Gegenstande hat. Ob das **Furtum** mit Gewaltthätigkeit verbunden ist, oder nicht, macht keinen Unterschied.

Mehrentheils wird das **Furtum** ein **Furtum ipsius rei** sein, d. h. ein solches, wobei der Entwender die Absicht hat, sich eine fremde Sache ganz und gar anzueignen. In Bezug auf diesen Fall verdient besonders Folgendes bemerkt zu werden:

Wenn derjenige, an welchen der Nichteigenthümer **bona fide** eine Sache als die seinige veräußert, es weiß, daß die Sache einem Dritten gehört — so wird er als Dieb angesehen, und die Sache wird somit zur **Res furtiva** [2]). Ist umgekehrt derjenige, an welchen veräußert wird, **in bona fide**, der Veräußernde aber weiß es, daß er unrechtmäßig über die Sache eines Dritten verfügt — so wird der Veräußernde als Dieb behandelt, und die Sache wird gleichfalls zur **Res furtiva** [3]). Im Justi-

1) Siehe über dieses Verbot §. 2. I. h. t.
2) L. 12. in f. C. d. furtis etc. VI, 2.
3) §. 3. in f. I. h. t. L. 1. L. 7. C. d. usuc. pro emtore. VII, 26.

nianischen Rechte ist jedoch das zuletzt Gesagte auf die Voraussetzung zu beschränken, daß der Veräußernde schon von Anfang an **in mala fide** gewesen ist [4]).

Zu einer **Res furtiva** kann nun aber eine Sache auch schon durch ein bloßes **Furtum possessionis** werden [5]), worunter man versteht ein **Furtum**, wobei es nur darauf abgesehen ist, einem Andern den Vortheil des Besitzes oder der Detention zu entziehen. Nur der Fall ist ausgenommen, wenn der Eigenthümer der Sache sich eines **Furti possessionis** schuldig macht, wie z. B. wenn der Eigenthümer einer zu Pfand gegebenen Sache diese dem Pfandgläubiger entwendet. Ein **Furtum** liegt hierin allerdings; aber das **Furtum** macht die Sache nicht in dem Sinne zu einer **furtiva res**, daß die ordentliche Ersitzung ausgeschlossen würde [6]). Den Grund hiervon werden wir weiterhin kennen lernen.

Zuletzt muß ich noch etwas sagen über die Früchte, über die Erzeugnisse entwendeter Sachen. Auch diese sind **Res furtivae**, sobald der Entwender der Hauptsache sie percipirt hat. Die Jungen der Thiere gelten aber überdies auch dann für **Res furtivae**, wenn das Mutterthier entweder schon zur Zeit der Entwendung trächtig war, oder es, zwar später erst, aber doch noch bei dem Entwender geworden ist [7]).

Es kommt jetzt darauf an, den Erfolg näher zu bezeichnen, welcher eintritt, wenn eine Sache **furtiva** ist.

Der Erfolg ist dieser: nicht etwa nur der Dieb selbst ist die Sache zu usucapiren verhindert; sondern sie kann durch ordentliche Ersitzung von Niemanden erworben werden [8]). Diese Wirkung kann indessen dadurch aufgehoben werden, daß die Sache in der Folge die Eigenschaft einer **Res furtiva** verliert — oder, wie dies in den Quellen ausgedrückt zu werden pflegt, dadurch, daß das **Vitium**, mit welchem die Sache, we-

4) Dies ergibt sich aus **L. un. C. d. usuc. transform. VII, 31.**

5) **L. 6. C. d. usuc. pro emtore. VII, 26.**

6) **L. 20. §. 1. D. d. furtis. XLVII, 2.** Von einem solchen Falle ist zu verstehen **L. 5. D. pro emtore. XLI, 4.**

7) Siehe **L. 4. §. 19. L. 33. pr. D. h. t. L. 48. (49.) §. 5. D. d. furtis. XLVII, 2.**

8) **cit. §. 3. I. h. t.**

gen des daran begangenen **Furtum** behaftet ist, purgirt wird. Es fragt sich daher, wie dies geschehen könne?

Im Allgemeinen ist die Regel die: die Sache muß in des Eigenthümers Gewalt zurückkehren [9], und zwar auf rechtlichem Wege, und so, daß der Eigenthümer davon weiß [10]. Diesem Zurückkehren in die Gewalt des Eigenthümers wird es gleich geachtet, wenn der Entwender der Sache, **ex post**, seiner Seits Eigenthümer derselben wird [11]. So verhält es sich nun der Regel nach. Denken wir uns aber den besondern Fall, da der Verpfänder einer Sache, und zwar ein solcher, der nicht Eigenthümer derselben ist, an der verpfändeten Sache ein **Furtum possessionis** begangen hat, so genügt, um die Sache von dem auf ihr haftenden **Vitio** zu befreien, schon die Rückkehr in die Hände des Pfandgläubigers [12]. Uebrigens ergibt sich aus dem hier Vorgetragenen der Grund, weshalb ein von dem Eigenthümer begangenes **Furtum possessionis** die entwandte Sache, in Bezug auf die Usucapion, überall zu keiner **furtiva** mache: Nämlich, wenn man auch sagen wollte, die Sache wird zu einer **furtiva**, so müßte man doch zugleich einräumen, daß durch dieselbe Handlung, welche sie zu einer **furtiva** machte, das **Vitium** wieder purgirt würde [13].

So verhält es sich mit solchen Sachen, an denen ein Diebstahl verübt ist, nach Römischem Recht.

Nach heutigem Recht ist es zum Theil anders. Nämlich in Gemäßheit der Peinlichen Gerichtsordnung Carl V. [14] kann „an gestohlner oder geraubter habe durch eynich lenge der Zeit kein geweer ersessen werden.“ Der richtigen Erklärung nach heißt dies so viel: an gestohlner oder geraubter Habe fällt jede Ersitzung weg. Indessen liegt hierbei derjenige Begriff des Diebstahls zum Grunde, von welchem die Peinliche Gerichtsordnung bei ihren Strafbestimmungen ausgeht; also der Begriff des Diebstahls im Sinne des Deutschen Criminalrechts.

9) §. 8. I. h. t. L. 4. §. 6. D. h. t. L. 10. C. d. furtis. VI, 2.

10) L. 4. §. 12. D. h. t. L. 86. (88.) D. d. furtis. XLVII, 2.

11) L. 32. pr. D. h. t. L. 84. (86.) D. d. furtis.

12) L. ult. D. h. t.

13) L. 4. §. 21. D. h. t. Vergl. Note 6.

14) Peinl. Gerichtsordn. Art. 209

Unter diesen Begriff aber fällt das **Furtum possessionis** nicht. Und auch der Begriff des **Furtum ipsius rei**, von welchem wir in unserm Criminalrechte ausgehen, ist beschränkter, als derjenige, welchen das Römische Recht zu Grunde legt. Es wird dazu immer eine Wegnahme, eine **Ablatio rei** erfordert, was nach Römischem Rechte keineswegs nöthig ist. Das Resultat ist dieses: nur solche Sachen, welche im Sinne des Deutschen Criminalrechts für gestohlne oder geraubte Sachen gelten können, sind von aller Ersitzung ausgeschlossen. (Siehe §. 254.) Dagegen sind Sachen, an welchen zwar nach Römischer Ansicht, nicht aber im Sinne des Deutschen Criminalrechts, ein Diebstahl ausgeübt ist, nur von der ordentlichen Ersitzung ausgenommen.

Zweitens ist verboten die ordentliche Ersitzung an **Rebus vi possessis** [15]). Dabei haben wir indessen bloß an unbewegliche Sachen zu denken. Bewegliche Sachen, welche Jemand gewaltsamer Weise in Besitz nimmt, sind nur insofern der ordentlichen Ersitzung entzogen, als die ausgeübte Gewaltthätigkeit ein **Furtum** involvirt. Was nun aber unbewegliche Sachen betrifft, so ist das gleichgültig, ob der gewaltsam verdrängte Besitzer Eigenthümer ist oder nicht [16]). Nur ist das bloße Verdrängtwerden des gegenwärtigen Besitzers noch nicht hinreichend; derjenige, von welchem er verdrängt wird, muß seiner Seits den Besitz ergreifen, dann erst findet das Verbot der ordentlichen Ersitzung Anwendung [17]). Wo nun aber eine gewaltsame Besitzergreifung Statt gefunden hat, da ist nicht etwa bloß derjenige, welcher die Gewaltthätigkeit ausgeübt hat, ausgeschlossen, sondern es kann überhaupt, in der gewöhnlichen Frist, Niemand die Sache usucapiren [18]), so lange das wegen einer ausgeübten Gewaltthätigkeit daran haftende **Vitium** nicht purgirt ist. Es wird aber purgirt durch Rückkehr der Sache in die Gewalt des daraus Vertriebenen, vorausgesetzt nur, daß dieser nicht etwa ebenfalls gewaltthätig zu Werke gegangen ist, um sich den Besitz der Sache wieder zu verschaffen [19]); und vorausgesetzt ferner,

15) §. §. 2. 7. I. h. t.
16) L. 4. §. §. 23—25. D. h. t.
17) L. 4. §. 22. L. 33. §. 2. D. h. t.
18) cit. §. 3. I. h. t.
19) L. 4. §. 26. D. h. t.

daß er um diese Rückkehr wisse[20]). Verwandelt sich der unrechtmäßige Besitz desjenigen, der den Besitzer vertrieben hat, mittelst eines später eingegangenen rechtlichen Geschäfts, in einen rechtmäßigen, so wird dies der Rückkehr in die Gewalt des Vertriebenen gleich geachtet[21]). Uebrigens wird der Vertriebene mehrentheils der Eigenthümer sein — und daher sprechen denn die meisten Stellen unserer Rechtsquellen grade von der Rückkehr in die Gewalt des **Dominus**[22]). Aber auch Rückkehr in die Gewalt des vertriebenen Nichteigenthümers hebt das **Vitium** auf[23]).

Drittens ist untersagt die ordentliche Ersitzung der Grenzstreifen, der **Fines**[24]).

Viertens ist dieses Ortes das Verbot, welches Justinian in einer Novelle[25]) dahin ausspricht:

Sachen welche Jemand von einem **Malae fidei possessor** erhalten hat, ohne daß der wahre Eigenthümer von seinem Eigenthumsrechte und von der vorgenommenen Veräußerung unterrichtet ist, sollen nur der dreißigjährigen, nicht der zehn- oder zwanzigjährigen Verjährung unterworfen sein.

Es ist klar, daß hier nur von unbeweglichen Sachen die Rede ist. Denn einmal spricht Justinian nur von der zehn- und zwanzigjährigen Verjährung, nicht von der dreijährigen; sodann stehen bewegliche Sachen, welche ein **Malae fidei possessor** veräußert, schon unter einem viel älteren und umfassenderen Usucapionsverbote; nämlich unter dem Verbot der Usucapion an **Rebus furtivis**. Sonach bezieht sich also Justinians neues Verbot nur auf unbewegliche Sachen[26]).

Ferner: Justinian spricht so von der Sache, daß es scheint,

20) cit. **L. 86. (88.) D. d. furtis. XLVII, 2.**

21) **L. 6. §. 3. D. d. precario. XLIII, 26.**

22) Hieher gehören **cit. L. 86. (88.) D. d. furtis**; ferner **cit. §. 8. I. h. t.** cit. **L. 33. §. 2. D. h. t. L. ult. D. vi bonorum raptor. XLVII, 8. L. 5. in f. C. d. usuc. pro emtore. VII, 26.**

23) Dies ergibt sich aus **cit. L. 6. §. 3. D. d. precario.** Vgl. Unterholzner, Ausführl. Verjährungsl. §. 74.

24) **L. ult. C. finium regundor. III, 39.**

25) **Nov. 119. c. 7. Auth. Malae fidei possessore. C. d. praescr. longi temp. etc. VII, 33.**

26) Vgl. Unterholzner, Verjährung durch fortgef. Besitz. S. 393. Anm. b. Thibaut, üb. Besitz u. Verjähr. 2ter Th. §. 30. Schweppe, Röm. Privatr. §. 247.

die ordentliche Ersitzung soll unter den angegebenen Voraussetzungen nicht schlechthin ausgeschlossen sein, sondern nur derjenige grade, welcher die Sache von dem **Malae fidei possessor** unmittelbar erhalten hat, der soll nicht in der gewöhnlichen Frist usucapiren können. So wird die Stelle denn auch von den Neueren gemeinhin verstanden [27]).

Endlich wenn hier von einem **Malae fidei possessor** die Rede ist, so scheint darunter ein Solcher verstanden werden zu müssen, der sogleich von Anfang an **in mala fide** war (Vgl. Note 4.).

Fünftens: Nach Römischem Rechte gehören hieher auch noch solche Sachen, welche der Statthalter einer Provinz, gegen die Vorschrift der **Lex Julia repetundarum**, zum Geschenk erhalten [28]). Heutiges Tages ist von diesem Verbote der Usucapion kein Gebrauch zu machen.

§. 264.

2. Mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Eigenthümers.

Verbote, wodurch die ordentliche Ersitzung nur zu Gunsten gewisser Personen ausgeschlossen ist, sind folgende:

1. **Res fisci**, überhaupt Sachen, welche dem Staate gehören [1]). Eben diese Begünstigung genießen nun aber auch solche Sachen, die zu dem Privatvermögen des Regenten gehören, nämlich die **Praedia rei dominicae** [2]), desgleichen diejenigen Sachen, welche der Gemahlin des Regenten gehören.

2. Eine zweite Ausnahme findet Statt zu Gunsten der Kirchen und anderer frommen Stiftungen. Die Justinianische Legislation ist in dieser Beziehung sich nicht immer gleich gewesen. Das endliche Resultat für die ordentliche Ersitzung ist dieses:

Unbewegliche Sachen der Kirchen und anderer frommen Stiftungen sind ihr nicht unterworfen. Nach Canonischem Rechte

27) Siehe Unterholzner, Ausführl. Verjährungsl. §. 76. Er selbst ist gegen diese Interpretation.

28) **L. 8. D. d. Lege Julia repetundar. XLVIII, 11.**

1) **§. 9. I. h. t. L. 18. D. h. t. L. 2. C. communia de usuc. VII, 30.**

2) **L. 2. L. 3. C. ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescriptione summoveatur. VII, 38.**

genießt nun aber die **Romana ecclesia** in jeder Beziehung das besondere Vorrecht einer hundertjährigen Verjährung. Und so müssen wir sagen: Sachen der Römischen Kirche sind überhaupt von der ordentlichen Ersitzung ausgenommen; die beweglichen nicht minder als die unbeweglichen [3]).

3. Es fragt sich — ob auch Sachen der Städte von der ordentlichen Ersitzung ausgeschlossen sind? Was das vorjustinianische Recht betrifft, so fiel allerdings bei solchen Sachen der Städte, welche dem Verkehr entzogen waren, die Ersitzung weg [4]). Daß aber andere Sachen der Städte der Ersitzung unterworfen waren, lehrt eine Stelle von Paulus [5]). Justinian ertheilte im Codex den Städten, hinsichtlich der Verjährung eigenthümliche Vorrechte. In den Novellen aber hat er diese Vorrechte stillschweigend zurück genommen [6]). Auch für das Justinianische Recht ist daher das Resultat dieses, daß Sachen der Städte von der ordentlichen Ersitzung nicht ausgeschlossen sind. Die Praxis setzt indessen die Sachen der Städte den Sachen der Kirchen gleich [7]).

4. In Hinsicht gewisser Adventitien fällt die ordentliche Ersitzung selbst nach aufgehobener väterlicher Gewalt weg. Diese Ausnahme beruht auf **Nov. 22. c. 24.** Die Novelle spricht bloß von **Lucris nuptialibus.** Man pflegt jedoch, was in der Novelle von **Lucris nuptialibus** gesagt wird, auf alle Adventitien anzuwenden.

5. Noch eine Ausnahme bezieht sich auf solche Sachen, welche Gegenstand eines Vermächtnisses sind: es ist eine Ausnahme zu Gunsten der Legatare und Fideicommissare, deren ich beiläufig schon mehre Male erwähnt habe; hier nun aber ist der Ort, davon **ex professo** zu sprechen. Die ganze Ausnahme beruht auf einer Constitution von Justinian [8]). Wir wollen zuerst nur den Fall eines Legats, oder, was im Justinianischen Rechte dasselbe sagt, eines singulären Fideicom-

3) Ueber die hieher gehörigen Stellen vergl. §. 151. Note 7 — 11.
4) **L. 9. D. h. t.**
5) **Paul. V, 2. §. 4.**
6) S. §. 151. Nr. 4.
7) S. Höpfner's Commentar. §. 403. und **Hofacker, Principia J. C. §. 979.**
8) **L. ult. §. §. 2. 3. C. communia de legatis etc. VI, 43.**

misses ins Auge fassen. Von universellen Fideicommissen will ich nachher reden. — In Ansehung der Legate verordnet Justinian in der angeführten Constitution Folgendes: Wenn der Erbe Sachen, welche Gegenstand eines Legates sind, veräußert, so soll dies dem Legatar so wenig zum Nachtheil gereichen, daß dessen Recht an der veräußerten Sache, auch auf dem Wege der ordentlichen Ersitzung, nicht soll aufgehoben werden können. Die Verordnung ist, der Natur der Sache nach, nur auf Gegenstände zu beziehen, welche dem Verstorbenen selbst gehört haben und durch das angeordnete Vermächtniß in das Eigenthum des Legatars unmittelbar übergehen sollen. Auch scheint die Verordnung vorauszusetzen, daß der Erbe um das Vermächtniß weiß [9]). Uebrigens macht die Constitution noch einen Unterschied zwischen **Legatis pure** oder **ex die certo relictis**, und solchen Legaten, welche **sub conditione** angeordnet sind. In Bezug auf Legate der zuerst bezeichneten Art untersagt sie dem Erben die Veräußerung, und außerdem fügt sie nun auch noch ausdrücklich das Verbot der ordentlichen Ersitzung hinzu. Dagegen ist bei Legaten der zweiten Art dem Erben die Veräußerung nicht untersagt — wohl aber wird die ordentliche Ersitzung ausgeschlossen.

Was hier vom Legate gesagt ist, das findet Anwendung auch auf universelle Fideicommisse. Nämlich wenn der Erbe, welcher mit dem Fideicommiß belastet ist, Sachen vor der Restitution der Erbschaft veräußert, so braucht der Fideicommissar diese Veräußerung nicht anzuerkennen; er kann die veräußerten Sachen von jedem dritten Inhaber vindiciren, ohne daß ihm der für die ordentliche Ersitzung genügende Verlauf der Zeit entgegensteht. Auch dies gründet sich auf die angeführte Justinianische Constitution.

Ob und inwieweit Sachen der Minderjährigen von der ordentlichen Ersitzung ausgenommen sind, ist bereits im §. 255. erörtert worden, worauf ich deshalb verweise.

Noch aber muß ich zum Beschluß der ganzen Lehre von der Fähigkeit des Objects anführen, daß Einige auch solche Sachen

9) Vergl. hierüber Unterholzner, gesammte Verjährungsl. §. 76.

für ausgeschlossen halten, „über welche ein Prozeß angefangen, aber liegen geblieben ist, insofern sie der Beklagte gegen den Kläger ersitzen will“ [10]). Diese Behauptung aber und Alles, was damit im Zusammenhange steht, ist durchaus unrichtig. Diese Ansicht hängt mit einer andern irrigen Vorstellung zusammen, auf welche ich im §. 266. kommen werde [11]).

§. 265.

e. Ueber die Fortsetzung des Besitzes während der gesetzlich bestimmten Frist.

I. Accessio possessionis.

Der Strenge nach müßte derjenige, welcher usucapiren will, die ganze Zeit hindurch, auf die es ankommt, die zu usucapirende Sache selbst besitzen. Aber nach Grundsätzen der Billigkeit wird ihm unter gewissen Voraussetzungen gestattet, sich den Besitz eines Andern anzurechnen [1]). Die Regel nämlich ist diese: wer sich den Besitz eines Andern anrechnen will, muß selbst besitzen; jenes Anrechnen ist ein Hinzurechnen fremden Besitzes zu dem eignen [2]); daher der Ausdruck **Accessio possessionis**. So ist es in der Regel; daß Ausnahmen vorkommen, wird sich weiterhin zeigen. Eine fernere Voraussetzung, worauf es ankommt, ist diese: derjenige, welcher den Besitz eines Andern sich zu Gute rechnen will, muß zu diesem in einem Successionsverhältnisse stehen; wo **Accessio possessionis** Statt findet, da ist es immer der Besitz eines Vorgängers, den wir in Anschlag bringen, und zwar eines solchen Vorgängers, dem wir succedirten [3]).

Die Succession kann entweder eine universelle, oder eine singuläre sein. Von jeder ist besonders zu handeln.

Zuerst von der universellen Succession. Der Erbe als solcher usucapirt fremde Sachen, die er in dem Nachlasse des Ver-

10) So namentlich Mackeldey, Lehrb. §. 260.

11) Vergl. auch §. 165.

1) L. 14. pr. D. d. diversis temporalibus praescriptionibus, et de accessionibus possessionum. XLIV, 3.

2) L. 13. §. 12. D. d. possess. XLI, 2.

3) L. 14. §. 1. D. d. diversis temporalib. etc. XLIV, 3.

storbenen vorfindet, überhaupt nur insofern, als der Verstorbene, Falls er noch lebte, sie usucapiren konnte [4]). Hieraus aber ergibt sich:

1. War der Verstorbene, obschon im Besitz, doch nicht in der Lage usucapiren zu können, und zwar wegen eines Mangels, welchem nicht abzuhelfen stand, z. B. wegen mangelnder **bona fides**, so usucapirt der Erbe gar nicht [5]).

2. War der Verstorbene im Uebrigen **in conditione usucapiendi** und konnte er nur deshalb nicht usucapiren, weil die Sache mit einem **Vitio** behaftet war: so kann, Falls dieses Vitium nach seinem Tode gehoben wird, der Erbe zu usucapiren anfangen; grade wie nunmehr der Verstorbene selbst würde zu usucapiren anfangen können, Falls er noch am Leben wäre [6]).

3. War schon der Verstorbene selbst vollständig **in conditione usucapiendi**, so succedirt der Erbe in die von dem Verstorbenen begonnene Usucapion [7]). Er fängt keine neue an, sondern er setzt nur die von dem Verstorbenen angefangene Usucapion fort, und so kommt denn natürlich die Zeit in Rechnung, während welcher schon der Verstorbene im Besitz gewesen ist. Diese Fortsetzung der Ersitzung durch den Erben erfordert nun zwar, nach allgemeinen Grundsätzen, daß der Erbe selbst besitze, und zwar von dem Tode des Erblassers an; aber diese allgemeinen Grundsätze sind in ihrer Anwendung auf den vorliegenden Fall wesentlichen Modificationen unterworfen. Man fordert nicht gerade, daß der Besitz des Erben sich unmittelbar anschließe an den Besitz des Verstorbenen; es ist dies in vielen Fällen nicht möglich; man rechnet daher die Zwischenzeit zwischen dem erloschenen Besitze des Verstorbenen und dem später von dem Erben ergriffenen Besitze diesem letzteren zu Gute: der Erbe wird angesehen, gleich als ob er schon mit dem Tode des Erblassers zu besitzen angefangen hätte, obgleich er in der That damals noch nicht besaß [8]). Ja, der Besitz des Verstorbenen wird als

4) Ich verweise deshalb auf den §. 261.

5) §. 12. I. h. t. L. 11. D. d. diversis temporalib. etc. XLIV, 3.

6) L. 24. §. 1. D. h. t.

7) L. 30. pr. D. ex quib. caus. majores etc. IV, 6.

8) cit. L. 30. pr. D. ex quib. caus. majores etc. IV, 6. . . . . quia possessio defuncti quasi jun-

fortgesetzt betrachtet selbst dann, wenn erst der Erbe des Erben zum Besitze gelangt [9]). In dem bisher Angeführten liegt etwas ganz Singuläres. Als Solches wird es denn auch in den Quellen [10]) ausdrücklich bezeichnet. Dieses **Jus singulare** geht nun aber so weit, daß in der Zwischenzeit die von dem Verstorbenen begonnene Usucapion sogar vollendet werden kann [11]). Der Erbe wird hier, bei der später erfolgten Antretung der Erbschaft, Eigenthümer selbst ohne allen eigenen Besitz [12]). Dies war wenigstens die Ansicht der meisten Römischen Rechtsgelehrten, und sie haben wir für das Justinianische Recht als die geltende zu betrachten. Was Ulpian in einer Stelle [13]) dagegen sagt, ist weiter nichts, als die Aeußerung eines Zweifels gegen die theoretische Richtigkeit der herrschenden Ansicht, ohne daß der praktischen Geltung derselben dadurch Eintrag geschähe. Obgleich nun aber hiernach die Zwischenzeit dem Erben zu Gute kommt, so wird doch wenigstens dies gefordert, daß nicht etwa vor vollendeter Ersitzung irgend ein Dritter sich in Besitz gesetzt habe. Sobald dies der Fall ist, so kann die Zwischenzeit dem Erben nicht zu Statten kommen [14]).

In Hinsicht der hier in Betracht kommenden **bona fides** sind die Römischen Grundsätze diese: auf die **Fides** des Erben kommt es überall nicht an. Es kann sein, der Erbe ist gleich von Anfang herein **in mala fide**; dennoch wird er die Usucapion fortsetzen; denn das würde ja auch der Verstorbene selbst, wenn er noch lebte und nun die Ueberzeugung gewönne, eine fremde Sache zu besitzen [15]). Nach Canonischem Rechte verhält es sich freilich anders.

Alles, was ich hier von dem Erben gesagt habe, das gilt nicht etwa nur von dem Civilerben, von dem **Heres**; sondern

cta descendit ad heredem, et plerumque nondum adita hereditate completur.« L. 31. §. 5. D. h. t. L. 7. pr. D. pro emtore. XLI, 4.

9) L. 2. §. 18. D. eod.

10) L. 44. §. 3. D. h. t.

11) cit. L. 30. pr. D. ex quib. caus. majores etc. IV, 6. L. 40. D. h. t.

12) L. 6. §. 2. D. pro emtore. XLI, 4.

13) L. 13. §. 4. D. d. possess. XLI, 2.

14) L. 20. D. h. t. cit. L. 6. §. 2. in f. D. pro emtore. XLI, 4.

15) §. 12. I. h. t. L. 2. §. 19. D. pro emtore. XLI, 4.

auch von dem prätorischen Erben, dem **Bonorum possessor**, desgleichen von dem fideicommissarischen Erben. (S. Note 15).

Ich komme nunmehr zweitens zu der singulären Succession. In die Usucapion des Vorgängers succedirt hier derjenige, auf welchen der Besitz übergegangen ist, keineswegs; er setzt jene Usucapion nicht fort, sondern, wenn er usucapirt, so beginnt er eine neue Usucapion. Usucapiren kann er nämlich überhaupt nur dann, wenn sein eigner Besitz für die Usucapion qualificirt ist; nämlich nur dann, wenn er **bona fide** zu besitzen anfängt. Ist dies nicht der Fall, so kann natürlich auch von einer **Accessio possessionis** gar nicht die Rede sein [16]). Ist aber der eigene Besitz des Nachfolgers für die Usucapion geeignet, so hindert ihn, der Regel nach, der Umstand nicht, daß der Vorgänger keinen Usucapionsbesitz hatte [17]). Nur freilich, soll **Accessio possessionis** Statt finden, dann muß der Besitz des Vorgängers ein für die Usucapion qualificirter Besitz gewesen sein [18]). Qualificirt ist nun aber nach Justinianischem Rechte der Besitz des Vorgängers auch dann, wenn etwa der Vorgänger nur Anfangs **in bona fide** war; und so wird also die **Accessio possessionis** durch den Umstand, daß mein Vorgänger zur Zeit der erfolgten Succession aufgehört hat, **in bona fide** zu sein, nicht ausgeschlossen [19]). Anders aber verhält es sich nach Canonischem Rechte, da dies ununterbrochene **bona fides** erfordert.

Uebrigens setzt die **Accessio possessionis** bei singulärer Succession, allezeit ein rechtliches Geschäft voraus, auf welchem die Succession beruht. Ob die Uebertragung gegen Entgelt oder unentgeltlich erfolgt, das macht keinen Unterschied [20]); aber das Geschäft muß ein an sich gültiges Geschäft sein, sonst findet keine **Accessio possessionis** Statt [21]).

16) **L. 13. §. ult. D. d. possess. XLI, 2.**

17) **L. 5. pr. D. d. divers. temporalib. etc. XLIV, 3.**

18) **cit. L. 13. §. ult. D. d. possess.**

19) **L. un. C. d. usuc. transform. VII, 31.**

20) **L. 13. §. §. 6. 9—11. D. d. possess. XLI, 2. cit. L. un. C. d. usuc. transform. VII, 31. L. 11. C. d. praescr. longi tempor. etc. VII, 33.**

21) **L. 2. §. 16. D. pro emtore. XLI, 4.**

II. Von der erforderlichen Länge der Zeit.

Nach Justinianischem Rechte ist die gesetzliche Frist bei beweglichen Sachen eine dreijährige, bei unbeweglichen aber eine zehn- oder zwanzigjährige. Zehn Jahre genügen unter Anwesenden, zwanzig Jahre werden erfordert unter Abwesenden [22]). Aber wie sind nun Anwesenheit und Abwesenheit zu nehmen?

Der Usucapirende auf der einen und der Eigenthümer der zu usucapirenden Sache auf der andern Seite werden betrachtet als anwesend, wenn sie beide in einer und derselben Provinz ihren Wohnsitz haben. Der Wohnsitz allein ist es, worauf es ankommt; die örtliche Lage des zu usucapirenden Grundstücks ist gleichgültig. Diese Bestimmungen beruhen auf einer eigenen von Justinian über diesen Gegenstand erlassenen Verordnung [23]). In einer späteren Constitution [24]) hat Justinian sich aber auch noch besonders darüber erklärt, wie es gehalten werden soll, wenn das Verhältniß eine Zeitlang ein Verhältniß der Anwesenheit, eine Zeitlang ein Verhältniß der Abwesenheit ist. Das Resultat — welches freilich so grade, wie ich es hier angeben werde, in der Verordnung nicht ausdrücklich bezeichnet ist — ist dieses: Man kann die Jahre der Abwesenheit auf Jahre der Anwesenheit reduciren und nun die ganze Rechnung in der Art anlegen, wie sie im Fall ununterbrochener Anwesenheit anzulegen ist, oder man kann umgekehrt die Jahre der Anwesenheit reduciren auf Jahre der Abwesenheit, und nun so rechnen, wie bei ununterbrochener Abwesenheit gerechnet werden müßte. Bei jener Reduction aber werden immer zwei Jahre der Abwesenheit gleichgesetzt Einem Jahre der Anwesenheit.

§. 266.

f. Ueber die Unterbrechung der Ersitzung.

Der technische Ausdruck für jede Unterbrechung der Usucapion ist Usurpatio [1]).

22) cit. L. un. C. d. usucap. transform. VII, 31. pr. I. h. t.

23) L. ult. C. d. praescr. longi tempor. VII, 33.

24) Nov. 119. c. 8.

1) L. 2. D. h. t.: »Usurpatio est usucapionis interruptio.....«

Dabei unterscheiden nun aber die Neueren zwischen natürlicher und civiler Usurpation. Unter der natürlichen verstehen sie die unmittelbare Unterbrechung des Usucapionsbesitzes entweder durch Unterbrechung des Besitzes selbst, oder, in Gemäßheit des Canonischen Rechtes durch Unterbrechung der bona fides. In den Bereich der civilen Usurpation aber gehört jedes anderweite Ereigniß, welches auf den Lauf der Usucapion eben so einwirkt, wie wenn der Usucapionsbesitz unmittelbar wäre unterbrochen worden.

Von der natürlichen Usurpation ist weiter nichts Besonderes anzuführen, wohl aber fragt es sich: in welchen Fällen findet eine civile Unterbrechung der Usucapion Statt?

Zuerst pflegt man hieher zu rechnen die Litiscontestation; ja man geht noch weiter: man behauptet, nach neuerem Römischen Rechte habe schon die Citation des Beklagten diese Folge: jedoch setzt man hierbei voraus, daß der Kläger in dem Processe den Sieg davon trägt. Man sagt: wenn dies geschieht, so wird nun die Usucapion angesehen, als wäre sie unterbrochen worden schon im Augenblicke der erfolgten Citation. Allein da sich zeigen läßt, daß nicht einmal die Litiscontestation die Usucapion unterbreche, so folgt, daß dies noch viel weniger durch die bloße Citation geschehen könne. Daß aber die Litiscontestation den Lauf der Usucapion nicht unterbreche, das ist bereits im §. 165. (Bd. I. S. 480.) bewiesen worden. Mit der **Longi temporis praescriptio** des ältern Rechts verhielt es sich allerdings anders. Bei dieser konnte nur die Zeit vor Anfang des Prozesses in Anschlag gebracht werden; auf die spätere wurde keine Rücksicht genommen [2]). Das aber hatte seinen ganz natürlichen Grund darin, daß die **Longi temporis possessio** keine Erwerbart des Eigenthums war, sondern dem Besitzer nur eine Einrede verschaffte des Inhaltes: Du hättest früher klagen müssen, jetzt, nach zehn oder zwanzig Jahren, kommst du mit deiner Klage zu spät. Die Natur der Sache brachte es also mit sich, daß der Verlauf der Zeit nach Anfang des Rechtsstrei-

2) **L. 26. C. d. R. V. III, 32. L. 1. L. 10. C. d. praescr. longi tempor. VII, 33.**

tes nicht in Betracht kommen konnte. Davon läßt sich nun aber auf die ordentliche Ersitzung des Eigenthums nach Justinianischem Rechte keine Anwendung machen. Diese ist eine wirkliche Erwerbart des Eigenthums, deren Grundlage die ältere **Usucapio** ausmacht. Es ist hierbei zu vergleichen das im §. 249. II. Vorgetragene. Das Resultat also ist dieses: weder Citation, noch Litiscontestation unterbrechen die ordentliche Ersitzung [3]).

Zweitens führt man nun aber noch eine anderweitige Art civiler Usurpation an — und mit dieser hat es in der That seine Richtigkeit. Sie beruht auf einer Verordnung von Justinian [4]). Dieser Verordnung selbst ist schon im §. 152. (Bd. I. S. 442.) Erwähnung geschehen, nämlich in Beziehung auf die Extinctivverjährung der Klagen. Aber sie bezieht sich, wie im §. 192. (Bd. I. S. 565.) bemerkt worden ist, nicht bloß hierauf, sondern auch auf die Ersitzung des Eigenthums. Angenommen nämlich, Jemand besitzt eine mir gehörige Sache, und befindet sich zugleich in der Lage, sie durch fortgesetzten Besitz zu der seinigen zu machen. Aber er ist abwesend, oder es treten sonst in seiner Person Umstände ein, welche mich hindern, mein Eigenthumsrecht im Wege des Prozesses, durch Klage, geltend zu machen. Hier soll ich den Lauf der Ersitzung dadurch unterbrechen können, daß ich bei der Obrigkeit von dem obwaltenden Hindernisse Anzeige mache. Oder ist auch dieses etwa unthunlich, so soll ich denselben Zweck dadurch erreichen können, daß ich an dem Wohnorte des Gegners eine feierliche Protestation anschlagen lasse. Der Grund, weshalb Justinian diesem Verfahren die Kraft beigelegt hat, die Ersitzung zu unterbrechen, ist ohne Zweifel dieser: könnte ich klagen, so würde mir dadurch schon zur Genüge geholfen sein, auch ohne Unterbrechung der Ersitzung: denn wenn auch der Gegner während der Dauer des Prozesses die Ersitzung vollendete — er würde doch zur Herausgabe der Sache verurtheilt werden müssen. — Nun aber kann ich mir auf diesem

3) Diese richtige Ansicht findet sich u. A. bei Thibaut, Pand. 7te Ausg. §. 2069. 8te Ausg. §. 1032. und bei Unterholzner, Ausführl. Verjährungslehre. §. §. 126. 127.

4) **L. 2. C. d. annali exceptione Italici contractus tollenda . . . . . et praescriptionibus et interruptionibus earum. VII, 40.**

Wege, durch Anstellung der Klage, nicht helfen. Und daher scheint es billig, wenn mir für diesen Fall ein Rechtsmittel an die Hand gegeben wird, wodurch ich im Stande bin, die Ersitzung selbst zu unterbrechen.

§. 267.

γ. Von den Erfordernissen der außerordentlichen Ersitzung [1]).

Das allgemeine Princip, nach welchem die Erfordernisse der außerordentlichen Ersitzung beurtheilt werden müssen, ist bereits im §. 252. (S. oben S. 96.) angegeben.

Die Anwendung dieses Princips ergibt, daß die außerordentliche Ersitzung mit der ordentlichen in folgenden Erfordernissen übereinstimmt:

1. Das erste Erforderniß ist auch hier Besitz, und zwar juristischer Besitz.

2. Dieser Besitz muß ein ursprünglicher Besitz sein, also ein Besitz verbunden mit dem **Animus domini.**

3. Der Besitzer muß **in bona fide** sein. Das Römische Recht fordert auch hier nur anfängliche **bona fides.** Aber nach Canonischem Rechte muß die **bona fides** eine fortdauernde sein.

4. Der Gegenstand des Besitzes darf kein solcher sein, welcher ausgenommen ist von aller und jeder Ersitzung. Was dieses nun aber für Gegenstände sind, an welchen jede Ersitzung wegfällt, das ist im §. 254. gezeigt worden.

5. Der Besitz muß eine bestimmte Zeit hindurch gedauert haben, wobei, was die **Accessio possessionis** betrifft, dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen, wie bei der ordentlichen Ersitzung.

6. Es darf keine Unterbrechung eingetreten sein.

Dagegen zeigt sich der Unterschied zwischen außerordentlicher und ordentlicher Ersitzung in Folgendem:

1. Die außerordentliche Ersitzung erfordert nach Römischem Rechte keine **justa causa** [2]). Dies ist ausgemacht. Dagegen

1) Die Hauptstelle für diese Lehre ist **L. 8. §. 1. C. d. praescr. XXX vel XL annorum. VII, 39.**

2) **cit. L. 8. §. 1. C. d. praescr.**

streitet man darüber, ob und inwieweit das Römische Recht in diesen Punkten durch das Canonische abgeändert worden sei. Die Einen sagen, es ist nichts abgeändert. Andere nehmen eine Modification der Römischen Grundsätze an; aber worin diese nun eigentlich bestehe, darüber sind sie wieder getheilter Meinung. Das Richtige ist dieses: Das Canonische Recht hat die Römischen Grundsätze modificirt; aber nur in Bezug auf **Res ecclesiasticas**; bloß von diesen spricht das **c. 1. in VI. d. praescript. II, 13.** Bei solchen Sachen soll es so gehalten werden: Steht demjenigen, der sich auf die Verjährung beruft, weder das gemeine Recht, noch auch eine besondere Vermuthung entgegen; so soll es an der bloßen **bona fides** genug sein. Hat er aber das gemeine Recht oder eine besondere Vermuthung gegen sich, dann soll er gehalten sein, einen **justus titulus** anzugeben und zu beweisen; es wäre denn, daß er sich auf einen unvordenklichen Besitzstand berufen könnte.

2. Die außerordentliche Ersitzung findet Anwendung auch bei denjenigen Sachen, welche in den §. §. 262 — 264. als solche bezeichnet worden sind, hinsichtlich deren die ordentliche Ersitzung wegfällt.

3. Es ist etwas der außerordentlichen Ersitzung Eigenthümliches, daß die Zeit, während welcher der Gegner, also der bisherige Eigenthümer, unmündig war, nicht in Anschlag gebracht wird. S. §. 255.

4. Die Länge der Zeit ist anders bestimmt, als bei der ordentlichen Ersitzung. Zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen ist hier kein Unterschied; eben so wenig zwischen Anwesenheit und Abwesenheit. In der Regel ist die Zeit, auf die es ankommt, eine dreißigjährige, und es muß immer als Ausnahme betrachtet werden, wenn ein längerer Verlauf der Zeit erfordert wird. Eine solche Ausnahme nun findet Statt:

a. Bei Sachen, welche dem Staate, oder dem Regenten, oder dessen Gemahlin angehören; wenigstens nimmt man allgemein an, daß es hier eines vierzigjährigen Besitzes bedürfe [3]).

XXX v. XL annor. L. ult. C. d. fundis patrimonialib. XI, 61.

3) cit. L. ult. C. d. fund. patrimonialib.

b. Eine fernere Ausnahme findet Statt bei Sachen der Kirchen und anderer frommen Stiftungen. Die außerordentliche Ersitzung erfordert hier jederzeit einen vierzigjährigen Besitz. Bei Sachen der Römischen Kirche kommt es gar auf einen Verlauf von hundert Jahren an [4]).

c. Wir müssen, nach der Praxis, zu den von der Regel ausgenommenen Sachen auch die Sachen der Städte rechnen, da diese **in Praxi** den Sachen der Kirchen gleich geachtet werden. Vergl. §. 264.

5. Bei der außerordentlichen Ersitzung findet etwas Besonderes Statt in Bezug auf die Art und Weise der Unterbrechung.

Die ordentliche Ersitzung wird nämlich, wie wir im §. 266. gesehen haben, durch die Anstellung der Eigenthumsklage und die darauf hin erfolgte Citation des Besitzers, nicht unterbrochen, wohl aber die außerordentliche. Der Grund liegt in dem gleich zu Anfange dieses Paragraphen angeführten Princip. Wo der dreißig- oder mehrjährige Besitz nicht einmal eine Einrede gegen die Eigenthumsklage begründen würde, da kann er noch viel weniger das Eigenthumsrecht selbst gewähren. Die Einrede setzt nun aber nothwendig voraus, daß die Zeit, auf welche es ankommt, abgelaufen sei schon vor der Citation [5]).

§. 268.

e. Erwerb im Fall einer Veräußerung durch den Fiscus.

Wenn der Fiscus eine fremde Sache als die seinige veräußert, so kann dadurch begreiflicher Weise keine Succession in das Eigenthumsrecht des wahren Eigenthümers bewirkt werden. Ja nach allgemeinen Grundsätzen kann überhaupt derjenige, an welchen der Fiscus veräußert hat, erst durch Ersitzung das Eigenthum erwerben, und dadurch erst wird dann das Recht des jetzigen Eigenthümers aufgehoben werden. Aber es treten hier eigenthümliche, von der Regel abweichende, gesetzliche Bestimmungen ein: Derjenige, an welchen der Fiscus veräußert hat, wird sofort Eigenthümer; und der bisherige Eigenthümer verliert

4) S. §. 151. Nr. 3. 5) Vgl. Bd. I. S. 440. Nr. 1.

sein Eigenthumsrecht sogleich. Er hat nur eine Entschädigungsklage gegen den Fiscus und überdies muß er diese innerhalb der ersten vier Jahre anstellen; sonst steht ihm eine **Quadriennii praescriptio** entgegen. Die Statthaftigkeit des hier bezeichneten Eigenthumserwerbs beruht auf einer Verordnung des Kaisers Zeno [1]). Justinian aber hat ausdrücklich bestimmt, daß dasjenige, was diese Verordnung in Bezug auf Veräußerungen durch den Fiscus festsetzt, Anwendung finden soll auch auf Veräußerungen von Seiten des Regenten und der Gemahlin desselben [2]).

§. 269.

f. Erwerb durch Erzeugung aus einer eignen Sache.

Die natürlichen Früchte einer in unserem Eigenthum befindlichen Sache gehören uns, so lange sie mit dieser Sache verbunden sind, als Theil derselben [1]). Werden sie aber von der Sache auf irgend eine Weise getrennt, so sind sie nun, als selbstständige Gegenstände, in unserem Eigenthume [2]). In Hinsicht der Jungen der Thiere ist noch besonders zu merken, daß sie jederzeit dem Eigenthümer des Mutterthiers gehören [3]). — In dieser Beziehung wird, um es beiläufig anzuführen, im Römischen Rechte auch der **Partus ancillae** nach den bei Früchten geltenden Grundsätzen beurtheilt: Die Kinder einer Sclavinn gehören dem Eigenthümer der Mutter. Uebrigens läßt sich von dieser Erwerbart wohl sagen: genau genommen wird nicht sowohl Eigenthum erworben, als vielmehr, nur unter veränderten Umständen, fortgesetzt.

§. 270.

g. Erwerb im Fall einer Verbindung unbeweglicher Gegenstände unter einander.

Alle hieher gehörigen Fälle kommen darin überein:

1. Es wird eine Veränderung vorausgesetzt, hervorgebracht

I) L. 2. pr. C. d. praescriptione quadriennii. VII, 37. §. ult. I. d. usucap. etc. II, 6.
2) L. 3. C. d. praescr. quadriennii. cit. §. ult. I. d. usucap. etc.

1) L. 44. D. d. R. V. VI, 1. S. §. 81. Note 7.
2) §. 19. I. d. rer. div. II, 1. L. 2. L. 6. D. d. A. R. D. XLI, 1.
3) L. 5. §. 2. D. d. R. V. VI, 1.

mittelst des Laufes eines öffentlichen Flusses, eines Flumen publicum.

2. Diejenigen, welche erwerben, sind immer die Eigenthümer der Ufer. Dieser Umstand hängt mit dem zuerst bezeichneten genau zusammen: Veränderungen, welche das Meer hervorbringt, führen einen ähnlichen Erwerb nicht herbei, da die Ufer des Meeres Niemanden gehören [1]).

3. Nach Römischem Rechte lag etwas Gemeinsames auch darin: Die an dem Flusse liegenden Grundstücke, zu deren Vortheil der Erwerb ausschlagen sollte, durften keine Agri limitati, sie mußten Agri arcifinii seln [2]). Im Uebrigen aber bilden die Grundsätze des Römischen Rechts in dieser Materie auch noch die Regel unseres heutigen Rechts [3]).

Der factischen Veränderungen, welche vorkommen können, und die hier zu berücksichtigen sein werden, sind vier:

I. Alluvio.

Unter **Alluvio** wird verstanden, das allmälige Anspülen erdiger Theile. Und wie dieses Anspülen **Alluvio** heißt, so wird auch das angeschwemmte Erdreich selbst **Alluvio** genannt. Das Charakteristische der **Alluvio** ist, daß die Erweiterung des Ufers sich, sowohl ihrer ersten Entstehung nach, als in Bezug auf den allmäligen Fortschritt, der Beobachtung entzieht. Man wird die Erweiterung des Ufers erst nach einer gewissen Zeit gewahr.

Das Eigenthum nun an dem angeschwemmten Lande wird dem Eigenthümer des dadurch erweiterten Ufers erworben [4]).

II. Avulsio.

Darunter wird verstanden das durch den Lauf des Wassers gewaltsam und auf Ein Mal bewirkte Losreißen eines Stück Landes. Angenommen nun, der Strom treibt ein solches losge-

1) §. 22. init. I. h. t. (II, 1.) L. 7. §. 3. init. D. h. t. (XLI, 1.)

2) L. 16. D. h. t. L. 1. §. 6. D. d. fluminibus etc. XLIII, 12. Agri limitati waren solche Grundstücke, die mittelst bestimmter künstlicher Abgrenzung aus den Ländereien des Staates ausgeschieden, und an Privatpersonen waren überlassen worden. Grundstücke, bei denen dies nicht der Fall war, nannte man Agri arcifinii.

3) S. Eichhorns Deutsches Privatr. §. 269. I.

4) §. 20. I. h. t. L. 7. §. 1. D. h. t.

rissenes Stück Land nach meinem Ufer hin. Hier dauert das Recht des bisherigen Eigenthümers so lange fort, bis jenes Stück mit meinem Ufer nicht durch Kunst, sondern durch die Natur selbst fest verbunden ist. Von da an gehört es mir [5]).

III. Alvei mutatio.

Wir setzen hier also voraus: Der Strom verläßt seinen bisherigen **Alveus**, d. h. sein bisheriges Bette, indem er sich einen neuen Weg bahnt. Alsdann ist das verlassene, in Land verwandelte Flußbett Eigenthum derer, welchen die angrenzenden Ufer gehören. Der Fall unterscheidet sich von den beiden vorigen factisch vornämlich dadurch: dort ward durch die vorgegangene Veränderung eine Verbindung neu erzeugt; hier bestand die Verbindung des Betts mit den Ufern schon früher. Und so ist denn nun auch die rechtliche Ansicht diese: Wie die Ufer den Eigenthümern der angrenzenden Grundstücke gehören, so ist es auch mit dem Boden des Flusses; aber an diesem ist das Eigenthum so lange ganz und gar suspendirt, als der Strom darüber hingeht: sobald dagegen der Strom das Bette verläßt, so tritt nun das Eigenthum derer, welchen die Ufer gehören, in Wirkung [6]).

Ueber die Art, wie das verlassene Flußbette unter mehre Ufereigenthümer zu vertheilen sei, ergibt sich aus den hieher gehörigen Stellen [7]) Folgendes: Mittelst einer Linie, welche sich von beiden entgegengesetzten Ufern überall in gleicher Entfernung hält, wird das Flußbette, seiner Breite nach, halbirt; von den Grenzpunkten aber des jedem einzelnen Anwohner gehörigen Ufers werden nach dieser Halbirungslinie hin Perpendicularlinien gezogen; was alsdann vor eines Jeden Ufer innerhalb der gedachten Perpendicularlinien und der Halbirungslinie liegt, das ist sein Antheil an dem Flußbette.

So verhält es sich mit dem verlassenen Flußbette. Der

5) §. 21. I. h. t. L. 7. §. 2. D. h. t. In den Schlußworten dieser Stelle ist mit dem Cod. Flor. zu lesen »videtur meo fundo acquisita esse«, nicht, wie die Vulg. und die Hal. haben, »videntur meo fundo acquisitae esse.«

6) L. 30. §. 1. D. h. t.

7) §. 23. init. I. h. t. L. 7. §. 5. init. L. 56. §. 1. D. h. t.

neue Alveus aber wird grade so beurtheilt, wie wenn über ihn hin der Strom von jeher geflossen wäre [8]). Wenn also der Strom in der Folge auch dieses neue Bette verläßt, so fragt man nicht, wer war ehmahls Eigenthümer des Bodens — sondern man fragt: wem gehören jetzt die Ufer? Diese Eigenthümer der Ufer sind nunmehr Eigenthümer des Flußbettes [9]). Denken wir uns daher den Fall: Der Fluß macht ein ganzes mir gehöriges Grundstück zu seinem Bette, ohne daß auch nur etwas davon übrig bliebe, was als Ufer gelten könnte. Alsdann geht dadurch mein bisheriges Eigenthum an dem Grundstücke nicht nur für jetzt, sondern auch für die Folge verloren; auch wenn der Fluß das neue Bette verläßt, so lebt das einmal verloren gegangene Eigenthum nicht wieder auf. So, sagt Gajus am Ende der eben angeführten Pandektenstelle (Note 9.), verhält es sich der Strenge nach; aber, fügt er hinzu, »vix est ut id obtineat.« Uebrigens läßt sich von dem hier Vorgetragenen im Fall bloßer Ueberschwemmungen durchaus keine Anwendung machen. Namentlich führt eine bloße Ueberschwemmung keine Veränderung in dem Eigenthume an dem überschwemmten Lande mit sich [10]).

IV. Insula in flumine nata.

Es wird hier der Fall gesetzt, daß nicht etwa nur durch den Fluß, sondern in ihm, eine Insel entsteht. Bloß durch den Fluß entsteht eine Insel, wenn der Fluß einen neuen Arm bildet, der nun in einiger Entfernung in den Hauptstrom zurückfällt, oder auch allenfalls sich in die See ergießt. An einer solchen Insel findet indessen kein Wechsel des Eigenthums Statt, sie verbleibt ihrem bisherigen Eigenthümer [11]), und darum gehört der Fall nicht hieher. Ferner ist ausgeschlossen auch die Entstehung einer Insel im Flusse, sobald die Insel in keinem Zusam-

8) cit. §. 23. I. h. t. und cit. L. 7. §. 5. D. h. t. beide in den Worten »novus autem alveus« u. s. w. L. 1. §. 7. in f. D. d. fluminib. etc. XLIII, 12.

9) cit. §. 23. I. h. t. und cit. L. 7. §. 5. D. h. t. beide in den Worten »Quodsi post aliquod tempus . . . . . possident.«

10) §. 24. I. h. t. L. 7. §. 6. D. h. t.

11) cit. §. 22. in f. I. h. t. L. 7. §. 4. D. h. t.

menhange steht mit dem Boden des Flusses; denn eine schwimmende Insel wird, gleich dem Stromwasser selbst, als eine **Res publica** betrachtet [12]).

Dagegen gehören nun wirklich hierher folgende beiden Fälle:

1. Wenn durch bloßes Zurücktreten des Wassers ein Theil des Flußbettes entblößt wird, so daß dieser entblößte Theil nun als Insel erscheint.

2. Wenn durch angeschwemmte Erde das Flußbette an irgend einer Stelle so erhöhet wird, daß diese Erhöhung in der Gestalt einer Insel über dem Wasserspiegel hervorragt.

Das Gemeinsame in der factischen Voraussetzung beider Fälle ist dieses: die Insel steht mit den Flußufern unter dem Wasser in Verbindung. Das Verschiedenartige aber liegt darin, daß in dem zweiten Falle eine neue Verbindung entstanden ist, in dem ersten nicht.

Der rechtliche Erfolg ist in beiden Fällen derselbe: Immer ist es das Eigenthum an den Ufern, vor welchen die Insel sich hinzieht, welches über das Eigenthum an der Insel entscheidet.

Dabei macht es nun aber einen großen Unterschied, ob die Insel eine solche ist, **quae mediam partem fluminis tenet**, oder aber eine solche, **quae alteri parti proximior est.** In dem ersten Falle gehört die Insel den Eigenthümern beider entgegengesetzter Ufer; in dem zweiten Falle gehört sie nur denjenigen, in deren Eigenthum das näher gelegene Ufer sich befindet [13]). Dies erfordert indessen noch einige Erläuterungen:

1. Man sagt von einer Insel, sie halte die Mitte des Flusses, wenn sie von einer, den Fluß seiner Breite nach halbirenden Linie irgendwo geschnitten wird.

2. Die Insel ist **alteri parti proximior**, wenn sie zwischen der einen Seite, also dem einen Ufer und einer die Breite des Flusses halbirenden Linie dergestalt mitten inne liegt, daß kein Theil derselben über diese Halbirungslinie nach der entgegengesetzten Seite herausragt.

12) L. 65. §. 2. D. h. t.

13) cit. §. 22. I. h. t. cit. L. 7. §. 3. cit. L. 56. §. 1. cit. L. 65. §. 2. D. h. t. cit. L. 1. §. 6. D. d. fluminib. etc. XLIII, 12.

3. Die Antheile, welche die in dem einen oder dem andern Falle concurrirenden mehren Ufereigenthümer an der Insel haben, sind keine ideelle, sondern reelle Antheile [14]). Wie aber diese reellen Theile zu bestimmen sind, darüber gilt Folgendes:

Eine Insel, welche die Mitte des Flusses hält, wird, Falls der Ufereigenthümer mehrere sind, unter diese in derselben Art vertheilt, wie das verlassene Flußbett. Liegt die Insel dem einen Ufer näher und hat dieses mehrere Eigenthümer, so gehört jedem Einzelnen der Theil der Insel, welchen die aus den Grenzpunkten seines Ufers gezogenen Perpendicularlinien davon abscheiden [15]).

Zum Beschluß bemerke ich noch: In keinem von allen in diesem Paragraphen erörterten Fällen kann derjenige, welcher verliert, auf Entschädigung Anspruch machen.

b. Erwerb bei einer Verbindung des Beweglichen mit dem Unbeweglichen.

§. 271.

aa. Durch Bauen.

DIG. XLVII, 3. De tigno juncto.

Es wird hier vorausgesetzt, daß Baumaterialien, die einem Andern gehören, als dem Eigenthümer des Grund und Bodens, mit diesem verbunden werden. Bei einem beweglichen Gebäude kommt es auf den Grund und Boden, auf den es hingestellt ist, nicht an [1]). Also: es wird Cohärenz vorausgesetzt; nur daß die Verbindung mit dem Boden eine unmittelbare sei, das ist allerdings nicht erforderlich [2]). Ueberall nun aber, wo Cohärenz vorhanden ist, da gehört das Gebäude jederzeit dem Grundeigenthümer — nicht etwa nur dann, wenn bloß ein Theil des Materials fremdes Gut ist, sondern auch in dem Fall, da der ganze Bau aus fremdem Material aufgeführt ist. In dieser Beziehung macht auch das keinen Unterschied, ob Jemand mit fremdem Material auf eignem Boden, oder mit eignem Material auf

14) L. 29. D. h. t.
15) cit. L. 29. D. h. t.

1) L. 60. D. h. t. (XLI, 1.)
2) L. 28. D. eod. L. 2. C. d. R. V. III, 32.

fremdem Boden gebaut hat [3]). Wohl aber unterscheiden sich beide Fälle in anderer Beziehung, und daher muß jetzt noch von jedem besonders gehandelt werden.

Erster Fall: Ich habe mit fremdem Material auf meinem eignen Boden gebaut [4]). Ungeachtet des fremden Materials, bin doch ich, und ich allein, Eigenthümer des Gebäudes; aber Eigenthümer des Materials, inwieweit dieses als etwas Selbstständiges für sich gedacht werden mag, bin ich nicht; vielmehr verbleibt insoweit das Material seinem bisherigen Eigenthümer. Und da fragt es sich denn, was kann der Eigenthümer des Materials thun, um sein Eigenthumsrecht geltend zu machen? Hiebei macht es einen wesentlichen Unterschied, ob die Verbindung des Materials mit dem Ganzen des Gebäudes noch besteht, oder bereits aufgehoben ist. Setzen wir zuerst, die Verbindung besteht. Fänden hier die allgemeinen Grundsätze Anwendung, so könnte der Eigenthümer des Materials mit der **Ad exhibendum actio** gegen mich auf Trennung klagen, und demnächst die **Rei vindicatio** anstellen. Allein die allgemeinen Grundsätze erleiden hier eine eigenthümliche Modification durch eine Bestimmung, die schon in den **XII** Tafeln vorkam: Niemand kann gezwungen werden, fremdes Material aus der Verbindung zu reißen, in der es mit seinem Gebäude steht; ja, die **XII** Tafeln verboten dies sogar [5]). Angenommen daher: Ich habe das fremde Material **bona fide** benutzt, so wird die **Ad exhibendum actio** gegen mich ohne allen Erfolg sein; war ich aber **in mala fide**, so werde ich mittelst dieser Klage zwar zur Leistung des Interesse angehalten werden können, aber auch nur dazu [6]). Hierin liegt nun offenbar eine Beschränkung des Eigenthumsrechts an dem Material; ich erinnere hierbei an den §. 224. Dafür entschädigen nun aber die **XII** Tafeln den Eigenthümer des Materials dadurch, daß sie ihm eine eigenthümliche persönliche Klage gegen mich ge-

3) §. §. 29. 30. I. h. t. (II, 1.) L. 7. §. §. 10. 12. D. h. t.

4) Hauptstellen über diesen Fall sind: cit. §. 29. I. h. t. cit. L. 7. §. 10. D. h. t.

5) Nach L. 6. D. ad exhib. X, 4. L. 98. in f. D. d. solutionib. XLVI, 3. L. 1. pr. D. d. tigno juncto.

6) L. 23. §. 6. D. d. R. V. VI, 1. L. 1. §. 2. D. d. tigno juncto.

ben, die **De tigno juncto actio**, wovon in den Pandekten ein eigener Titel handelt. (S. oben.) Ueber diese Klage ist Folgendes zu bemerken:

1. **Tignum** bezeichnet hier jedes Baumaterial [7]).

2. Die XII Tafeln sprachen nur von gestohlenem Baumaterial [8]). Aber man interpretirte sie so, daß man dasjenige, was sie von dem **Furtivum tignum** sagten, auf alles Baumaterial anwandte, welches ohne Wissen und Wollen des Eigenthümers verwandt worden. Daher ist in den Quellen häufig allgemein von **alienum tignum** überhaupt die Rede [9]).

3. Die Klage geht auf den doppelten Werth des Materials [10]). Hierin liegt aber keine Strafe, sondern nur vollständiger Ersatz jedes möglichen Interesse. Und daher gestattet auch die heutige Anwendbarkeit der Klage durchaus keinen Zweifel [11]).

4. Die Klage kann eben so wohl gegen denjenigen angestellt werden, der **bona**, als gegen denjenigen, der **mala fide** zu Werke gegangen ist.

Mit Unrecht behaupten Einige, daß die Klage **de tigno juncto** gegen denjenigen, welcher das fremde Material **bona fide** benutzt habe, wegfalle. In den Quellen wird dies nirgend gesagt. Vielmehr geht aus §. 29. I. h. t. und L. 7. §. 10. D. h. t. entschieden das Gegentheil hervor. Beide Stellen sprechen dem Eigenthümer des Materials, so lange die Verbindung mit dem Ganzen des Gebäudes besteht, die **Ad exhibendum actio**, womit, wer wissentlich fremdes Material verbraucht hat, unbedenklich in Anspruch genommen werden kann (s. Note 6.), schlechthin ab; es ist also klar, daß in diesen Stellen der Benutzer des Materials als ein solcher grade gedacht wird, welchen der Vorwurf der **mala fides** nicht trifft, und dennoch wird darin gesagt, es könne gegen ihn die Klage **de tigno juncto** angestellt werden. Bei der angeführten Institutionen-Stelle kommt hinzu,

7) L. 1. §. 1. D. eod.

8) cit. L. 1. pr. L. 2. D. eod. L. 63. D. d. donat. int. V. et U. XXIV, 1.

9) So in den Note 4. angeführten Stellen.

10) cit. L. 33. §. 6. D. d. R. V. VI, 1. cit. L. 1. pr. D. d. tigno juncto.

11) Vgl. über diesen Punkt das im §. 139. Vorgetragene.

daß, ihr zu Folge, der Eigenthümer des Materials, nach aufgehobener Verbindung, wenn er den doppelten Werth bereits erhalten hat, das Material nicht vindiciren kann; während nach **L. 2. D. d. tigno juncto** die **De tigno juncto actio** die Vindication nicht ausschließt: Beide Stellen lassen sich nur dadurch vereinigen, daß man die erste auf Einen, der **bona fide** bauete, bezieht, die zweite auf Einen, der es **mala fide** that.

Hat derjenige, welcher sich des Materials bedient, dasselbe entwandt, so versteht es sich, daß er auch mit den Klagen aus dem Diebstahl belangt werden kann.

So, wie ich es bisher angegeben habe, verhält es sich, so lange die Verbindung besteht. Ist sie aber aufgehoben, ist das Gebäude zerstört: so kann nun der Eigenthümer des Materials dieses vindiciren; vorausgesetzt, daß er nicht schon von demjenigen, welcher **bona fide** gebauet, den doppelten Werth erhalten hat.

Zuletzt bemerke ich noch, daß dasjenige, was ich bisher von der Verwendung fremden Materials in einem Gebäude gesagt habe, auch dann Anwendung findet, wenn Jemand fremdes Material für seinen Weinberg benutzt hat [12]).

Zweiter Fall: Jemand bauet mit eigenem Material auf fremdem Boden [13]). Auch hier ist das Gebäude Eigenthum desjenigen, dem der Boden gehört. Was aber das Material als solches anbetrifft, so kommt es darauf an, ob der Bauende **donandi animo** gebauet hat, oder nicht.

In dem ersten Falle wird der Eigenthümer des Grund und Bodens nicht nur Eigenthümer des Gebäudes, sondern zugleich Eigenthümer auch des Materials; in dem zweiten Falle verbleibt das Material dem Bauenden [14]). Der **Animus donandi** aber wird alle Mal vermuthet, sobald der Bauende es wußte, daß er auf fremdem Grund und Boden bauete. Diese

12) **cit. L. 1. pr. et §. 1. D. d. tigno juncto.**

13) Ein paar Hauptstellen zu diesem Falle sind: **cit. §. 30. I. h. t. cit. L. 7. §. 12. D. h. t.** Sie sind indessen nicht mit der gehörigen Bestimmtheit abgefaßt, so daß Manches, was darin gesagt wird, erst aus anderen Stellen seine nähere Bestimmung erhält.]

14) **cit. L. 2. C. d. R. V. III, 32.**

Vermuthung ist es, welche zu Grunde liegt, wenn in den Stellen der Note 13. gesagt wird, auch das Material gehöre dem Grundeigenthümer, sobald der Bauende es gewußt habe, daß er auf fremdem Boden baue. Aber es ist dies doch immer nur eine Vermuthung. Der Beweis des Gegentheils ist dadurch nicht ausgeschlossen [15]).

Von selbst nun versteht es sich, daß derjenige, welcher **donandi animo** gebauet hat, nicht nur aufhört, Eigenthümer des Materials zu sein, sondern, daß er auch auf keine Entschädigung Anspruch machen kann.

Angenommen aber, der **Animus donandi** ist nicht im Spiel, dann bleibt der Bauende Eigenthümer des Materials und da entsteht dann die Frage: Wie kann er sein Eigenthum geltend machen, oder sich wenigstens Entschädigung verschaffen? Ist der Grundeigenthümer im Besitz, so hat der Eigenthümer des Materials, so lange die Verbindung dieses letztern mit dem Grund und Boden besteht, einer richtigen Theorie zu Folge, gar keine Klage. Ist die Verbindung aber aufgehoben, so kann er sein Eigenthumsrecht geltend machen. (S. Note 14.).

Nun aber wollen wir uns denken, der, welcher gebauet hat, ist im Besitz, und der Grundeigenthümer stellt gegen ihn die **Rei vindicatio** an. Ist in diesem Falle der Grundeigenthümer zum Ersatz des Werths bereit, so ist der Bauende schuldig, demselben das Eigenthum des Materials zu überlassen. Ob aber der Grundeigenthümer seiner Seits zur Leistung jenes Ersatzes verbunden ist, oder nicht, das richtet sich nach den allgemeinen im §. 240. vorgetragenen Grundsätzen über den Ersatz der Verwendungen bei der **Rei vindicatio** [16]).

§. 272.

bb. Durch Pflanzen und Säen.

I. Plantatio.

Ein fremder Baum, auf meinen Grund und Boden ge-

15) Dies ergibt sich zur Genüge aus cit. L. 2. in f. C. d. R. V.

16) Vgl. L. 27. §. ult. L. 37. L. 38. D. d. R. V. VI, 1., welche Stellen gerade den Fall des Bauens insbesondere betreffen.

setzt, wird, sobald er hier Wurzel getrieben und auf diese Weise aus meinem Grund und Boden Nahrung zu ziehen angefangen hat, eben deshalb zu dem meinigen: und dieses so gewonnene Eigenthum hört selbst bei nachher erfolgter Trennung nicht auf [1]). Dieser Erfolg findet Statt, es sei, daß ich selbst den Baum gepflanzt habe, oder daß es der Eigenthümer des Baumes gethan hat. Und was von einem Baume gilt, das gilt auch von jeder andern Pflanze.

In Hinsicht der Entschädigung sind die Grundsätze folgende: Hat der Eigenthümer des Grund und Bodens gepflanzt, so wird der ehemalige Eigenthümer des Baumes oder der Pflanze auf Ersatz klagen können. Von demjenigen, welcher **mala fide** pflanzte, wird er vollen Ersatz zu fordern berechtigt sein; von demjenigen aber, welcher es **bona fide** that, wird er billiger Weise nur so viel verlangen können, als der Pflanzende reicher geworden ist. — Aber mit welcher Klage? Nach der unten [2]) angeführten Stelle hat der ehemalige Eigenthümer des Baumes oder der Pflanze eine **Utilis in rem actio.** Von einer eigentlichen Vindication kann hier nicht die Rede sein. Also haben wir uns unter jener **Utilis in rem actio** weiter nichts zu denken, als eine bloße Entschädigungsklage in der Gestalt einer **In rem actio.** Der ehemalige Eigenthümer wird angesehen, wie wenn er noch Eigenthümer wäre; und mit Rücksicht auf diese Fiction wird ihm verstattet, gegen den jetzigen wirklichen Eigenthümer eine **In rem actio** anzustellen. Aber dieser Klage aus einem bloß angenommenen Eigenthume wird der Beklagte die Einrede des wirklichen Eigenthums entgegensetzen, und dieses wirkliche Eigenthum wird als stärker und kräftiger anerkannt werden müssen, als das bloß angenommene des Klägers. Indessen wird dieser es durch eine **Doli replicatio** wenigstens dahin bringen können, daß der Beklagte zum Ersatz verurtheilt

1) §. 31. I. d. rer. div. II, 1. L. 7. §. ult. L. 26. §. 2. D. h. t. (XLI, 1.) »Arbor radicitus eruta et in alio loco posita, priusquam coaluerit, prioris domini est; ubi coaluerit agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam.«

2) L. 5. §. 3. D. d. R. V. VI, 1.

wird. Uebrigens versteht es sich auch hier, wie bei dem Bauen, daß, inwiefern der Pflanzende als Dieb zu betrachten ist, die aus dem **Furto** entspringende Klage gegen ihn angestellt werden könne.

Wie nun aber, wenn der Eigenthümer der Pflanze oder des Baumes selbst auf fremdem Boden gepflanzt hat? Ist hier der Grundeigenthümer im Besitz, so hat, wenigstens nach richtigen Grundsätzen, der Pflanzende keine Klage und überhaupt kein Rechtsmittel, sich Ersatz zu verschaffen. Ist dagegen der Pflanzende im Besitz, und der Grundeigenthümer stellt gegen ihn die **Rei vindicatio** an, so finden die allgemeinen Grundsätze Anwendung, die bei der **Rei vindicatio** rücksichtlich der Verwendungen gelten. Es wird hier möglicher Weise der Pflanzende sich mittelst einer **Exceptio** Ersatz verschaffen können [3]).

Zum Beschluß muß ich noch darauf aufmerksam machen, daß der Grundsatz, auf welchem der Erwerb durch **Plantatio** beruht, auch in Hinsicht solcher Bäume zur Anwendung kommt, welche an oder auf der Grenze zweier Grundstücke stehen: Ein solcher Baum gehört dahin, woher er seine Nahrung zieht. Zieht er diese gleichmäßig aus beiden benachbarten Grundstücken, so gehört er den Eigenthümern dieser Grundstücke gemeinschaftlich an; zieht er seine Hauptnahrung nur aus dem einen, so gehört er demjenigen ausschließlich, welcher Eigenthümer ist dieses Grundstücks [4]). Dagegen bringt der Umstand, daß ein auf meinem Grund und Boden gewachsener Baum einzelne Wurzeln in des Nachbars Grund und Boden treibt, und vermittelst dieser aus dem benachbarten Grundstück nur einige wenige Nahrung zieht, in dem Eigenthume keine Veränderung hervor [5]).

II. Satio.

Wenn ein Grundstück besäet wird mit Sämereien, welche einem Andern gehören, als dem Grundeigenthümer — so gehört

3) **L. 11. C. d. R. V. III, 32.**

4) **cit. §. 31. I. d. rer. div. L. 19. pr. D. communi divid. X, 3. cit. L. 7. §. ult. L. 8. pr. D. h. t.**

5) Auf einen Fall dieser Art ist zu beziehen **L. 6. §. 2. D. arbor. furtim caesar. XLVII, 7. »... recidere eas (sc. radices) vicino non licebit; agere autem licebit, non esse ei jus .... immissum habere.**

nunmehr diesem der Saame nebst Allem, was daraus hervorgeht [6], gleichviel, ob der Eigenthümer des Saamens oder der Grundeigenthümer den Saamen ausgestreuet hat.

In Hinsicht der obligatorischen Verhältnisse gelten dieselben Grundsätze, wie bei der **Plantatio** [7].

i. Erwerb im Fall einer Verbindung beweglicher Gegenstände unter einander.

§. 273.

aa. Bei einer Verbindung ohne s. g. Confusio.

Anlangend das rein Factische des Falls, von dessen rechtlicher Bedeutung hier die Rede sein soll; so ist die Voraussetzung die: Zwei bewegliche Sachen sind zu einem Ganzen verbunden, ohne daß dadurch eine neue Species hervorgebracht ist; die eine Sache wird also durch die Andere nur auf eine gewisse Weise modificirt. Außerdem wird, wie ich bereits angedeutet habe, vorausgesetzt, daß die Verbindung ohne **Confusio** bewirkt ist, also ohne Zusammen-Gießen oder Schmelzen. Eine Verbindung dieser Art mögen wir mit dem Ausdrucke **Adjunctio** bezeichnen. — Ich muß indessen bemerken, daß dieser Ausdruck bei den Römern überall keine technische Bedeutung, und bei den Neueren wenigstens keine festbestimmte technische Bedeutung hat. Der Eine gebraucht ihn so, der Andere anders. Ich indessen werde ihn in der eben angegebenen Bedeutung gebrauchen. —

Das Juristische aber besteht darin, daß die **Adjunctio** unter gewissen Voraussetzungen eine eigenthümliche Erwerbart des Eigenthums ist, mittelst deren der Eigenthümer der Hauptsache zugleich Eigenthümer wird der, mit derselben in Verbindung gebrachten Nebensache. Die Voraussetzungen sind:

6) §. 32. I. d. rer. div. L. 9. pr. D. h. t. Zweifelhaft kann es hiebei scheinen, ob es zu diesem Eigenthumsübergange nothwendig ist, daß die ausgestreueten Körner Keime und Wurzeln treiben, weil Gajus in der angeführten Pandektenstelle sagt: »Qua ratione autem plantae, quae terra coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quae sata sunt, solo cedere intelliguntur.«

7) Siehe die Note 6. angeführten Stellen, und L. 38. D. d. R. V. cit. L. 11. C. eod. III, 32.

1. Die verbundenen Gegenstände müssen vor der erfolgten Verbindung verschiedene Eigenthümer haben: nur unter dieser Voraussetzung kann überhaupt eine Veränderung im Eigenthume vor sich gehen.

2. Es darf die Verbindung der verschiedenen Eigenthümern angehörigen Gegenstände auch nicht mit gegenseitiger Zustimmung veranstaltet sein: denn ist dieses der Fall, und erfolgt dabei eine Veränderung im Eigenthume; so geschieht das nach Grundsätzen der Tradition.

3. Es kommt auch noch an auf die Art und Weise der Verbindung, darauf nämlich, ob Trennung ohne Beschädigung möglich ist, oder nicht [1]). Lassen die verbundenen Sachen sich trennen, ohne daß weder die eine, noch die andere beschädigt wird, so geht in dem Eigenthume keine Veränderung vor sich; und es ist unrichtig, wenn viele Neuere dem Eigenthümer der Hauptsache an der Nebensache wenigstens ein interimistisches Eigenthum beilegen. Der Eigenthümer der Nebensache hört keinen Augenblick auf, Eigenthümer zu sein; allerdings aber kann er, nach der Natur der **Rei vindicatio** seine Sache nicht eher vindiciren, als bis er zuvor, mittelst der **Ad exhibendum actio** die Absonderung derselben bewirkt hat [2]). Wo nun aber Trennung ohne Beschädigung unthunlich ist, da wird allerdings der Eigenthümer der Hauptsache Eigenthümer des Ganzen; und zwar bleibt ihm die Nebensache selbst dann, wenn sie in der Folge etwa von der Hauptsache getrennt wird; wobei wir uns denn natürlich nur eine Trennung mit Beschädigung denken können, weil außerdem überall kein Eigenthumserwerb würde stattgefunden haben [3]). Uebrigens kommt es immer auf die besonderen Umstände des gerade vorliegenden Falls an: dieselben Sachen können das eine Mal auf eine trennbare, das andere Mal auf eine untrennbare Weise verbunden sein.

1) Vgl. hierüber **L. 23. §. 5. D. d. R. V. VI, 1.**

2) Auf diese Voraussetzung der Trennbarkeit ist zu beziehen, was in **L. 6. L. 7. §. §. 1. 2. ad exhib. X, 4.** von der **Ad exhibendum actio** gesagt wird.

3) Auf diese Voraussetzung einer ohne Beschädigung unthunlichen Trennung sind zu beziehen: **§. 26. I. d. rer. div. II, 1. L. 23. §. 2. D. d. R. V. L. 26. §. 1. D. h. t. (XLI, 1.)**

Nun bleibt aber noch eine wichtige Frage übrig, nämlich: der Herr der Hauptsache ist es, welcher erwerben soll; mithin fragt es sich, was denn jedes Mal für die Hauptsache zu halten sei?

Auf den größern Werth kommt es nicht an [4]; der Begriff der Hauptsache beruht auf andern Momenten [5]. Fassen wir Alles, was in den eben (Not. 5.) angeführten Stellen gesagt worden, zusammen, so scheint die durchgreifendste Bestimmung des Begriffes diese: Unter den verbundenen Sachen ist diejenige die Hauptsache, welche, einzeln für sich betrachtet, dem durch die Verbindung hervorgebrachten Ganzen am nächsten kommt. Wenn daher z. B. ein Stück Zeug gefärbt wird, so werden wir nicht den Färbestoff, sondern das Zeug für die Hauptsache zu halten haben [6].

Uebrigens kommt in Beziehung auf den Erwerb des Eigenthums, darauf nichts an, wer die Verbindung vorgenommen hat, ob der Eigenthümer der Hauptsache oder der Eigenthümer der Nebensache; und eben so wenig darauf, ob derjenige, von welchem die Verbindung herrührt, **bona** oder **mala fide** zu Werke gegangen ist.

Diese Umstände sind von Bedeutung nur für die Entschädigungs-Ansprüche desjenigen, welcher verliert. Mit diesen verhält es sich bei der **Adjunctio** auf eine ähnliche Weise, wie bei der **Plantatio**. Hat nämlich der Eigenthümer der Hauptsache die Verbindung vorgenommen, so kann der bisherige Eigenthümer der Nebensache auf Entschädigung klagen: nach der in Note 1. angeführten Stelle hat er zu diesem Zweck eine **In factum actio**. Hat der Eigenthümer der Nebensache die Verbindung vorgenommen, so kann er, wenn er im Besitze ist, möglicher Weise mittelst einer **Exceptio** Ersatz verlangen [7].

Das Bisherige bezog sich auf die **Adjunctio** im Allge-

4) cit. §. 26. I. d. rer. div. L. 19. §. 20. D. d. auro, argento, mundo etc. legat. XXXIV, 2. » . . . quoniam hoc spectamus, quae res cujus rei ornandae causa fuerit adhibita, non quae sit pretiosior.«

5) Wie L. 23. §. 3. D. d. R. V. L. 19. §. §. 13—16. 20. d. auro, argento etc. legat. ergeben.

6) L. 26. §. 3. D. h. t.

7) S. L. 23. §. 4. D. d. R. V.

meinen. Jetzt sind nun aber noch insbesondere zwei einzelne Fälle zu erwägen, bei welchen es sich fragt, ob auch sie nach den Grundsätzen von der **Adjunctio** zu beurtheilen sind? Der erste Fall ist der, da Jemand auf einem fremden Substrat geschrieben; der zweite ist der, da Jemand auf einem fremden Substrat ein Gemälde verfertigt hat.

Zuerst von dem Schreiben. Das Schreiben läßt sich auffassen aus dem Gesichtspunkte der Specification, und dann werden wir sagen müssen, das beschriebene Substrat gehört dem Schreiber. Es läßt sich aber auch auffassen aus dem Gesichtspunkte einer bloßen Adjunction, und dann müssen wir das Substrat als die Hauptsache betrachten; wir müssen also sagen: der Eigenthümer des Substrats erwirbt zu diesem auch die Schriftzüge. Diese letztere Ansicht nun ist diejenige, die wir in unseren Quellen anerkannt finden [8]). In diesen wird übrigens bemerkt, daß der Schreiber, wenn er das fremde Substrat **bona fide** beschrieben hat, und im Besitze ist, sich möglicher Weise mittelst einer **Doli exceptio** für die **impensas scripturae** Ersatz verschaffen könne.

Was den zweiten Fall betrifft, den der Verfertigung eines Gemäldes, so gestattet auch dieser eine zweifache Ansicht. Wollen wir dem Eigenthümer des Substrats das Gemälde zusprechen, so müssen wir Adjunction annehmen; wollen wir, umgekehrt, dem Verfertiger des Gemäldes das Substrat zusprechen, so läßt sich das nur aus dem Gesichtspunkte der Specification rechfertigen. Die älteren Römischen Juristen nun waren über die Beurtheilung dieses unseres zweiten Falles verschiedener Meinung; die meisten jedoch wollten den Verfertiger des Gemäldes als Eigenthümer angesehen wissen; und diese Ansicht hat Justinian in den Institutionen [9]) genehmigt. In der betreffenden Pandektenstelle [10]) wird die entgegengesetzte Ansicht als die richtige bezeichnet: die Compilatoren hätten die Stelle ändern müssen; daß sie dies unterlassen haben, ist bloß auf

8) Vgl. §. 33. I. d. rer. div. L. 9. §. 1. D. h. t. L. 3. §. 14. D. ad exhib. X, 4.

9) §. 34. I. d. rer. div.

10) L. 9. §. 2. D. h. t.

Rechnung eines Versehens zu setzen. — Auf eine ganz eigenthümliche Weise wird übrigens in den angeführten Stellen das processualische Verhältniß der Interessenten bestimmt: Ist der ehemalige Eigenthümer des Substrats im Besitz, so soll der Verfertiger des Gemäldes gegen ihn die directe **Rei vindicatio** haben; der Beklagte soll aber zur Herausgabe nur dann angehalten werden können, wenn ihm der Werth des Substrats ersetzt wird; dies nun ist ganz in der Ordnung. Aber anomalisch ist Folgendes: Ist der Verfertiger des Gemäldes im Besitz, und — das müssen wir hinzudenken, obschon es in der angeführten Stelle nicht ausdrücklich gesagt wird — versteht er sich nicht gutwillig dazu, dem bisherigen Eigenthümer des Substrats den Werth des Substrats zu ersetzen, so soll dieser gegen ihn eine **Utilis actio** auf Herausgabe des Ganzen haben, jedoch, Falls der Verfertiger des Gemäldes **bona fide** zu Werke gegangen ist, verbunden sein, demselben die »**impensam picturae**« zu erstatten.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Fall mit dem Gemälde in unseren Quellen ganz anders beurtheilt wird, als der mit dem Schreiben. Daß hierin nun aber eine große Inconsequenz liegt, ist augenscheinlich.

§. 274.

bb. Bei einer Verbindung durch Confusio.

Der Ausdruck **Confusio** in dem Sinne, in welchem er hier genommen wird, ist bei den Römern kein technischer Ausdruck. Heutigen Tages aber brauchen wir ihn, als **Terminus technicus**. Und zwar verstehen wir unter **Confusio** jedes Zusammenfließen, Zusammengießen, Zusammenschmelzen. Die physische Wirkung einer dadurch zu Stande gebrachten Verbindung von Stoffen kann verschiedenartig sein. Es ist möglich, daß in der Qualität der Stoffe gar keine Veränderung vor sich geht: so wenn die Stoffe ganz und gar gleichartig sind. Es kann aber auch eine Veränderung in der Qualität bewirkt werden. Und diese kann wieder entweder in einer bloßen Modifica-

tion bestehen, oder auch darin, daß das Gemisch eine neue Species bildet.

Jetzt fragt es sich nun aber weiter, ob und in wie weit die Confusion eine eigenthümliche Erwerbart des Eigenthums ist? Damit sie es sein könne, dazu ist erforderlich:

1. Daß die durch Confusion verbundenen Stoffe vor der erfolgten Confusion verschiedenen Personen angehört haben.

2. Daß die Confusion nicht etwa mit gegenseitiger Zustimmung der mehren Eigenthümer bewirkt sei. Ist dieses der Fall, so wird allerdings eine Veränderung im Eigenthume die Folge sein. Diese Folge aber wird bestimmt durch die Absicht der Eigenthümer. Die Absicht kann möglicher Weise dahin gehen, daß Einer von ihnen alleiniger und ausschließlicher Eigenthümer des Gemisches sein soll. Im Zweifel werden wir indessen anzunehmen haben, die Absicht sei die, das Gemisch zu einem Gemeingut zu machen [1]). Immer aber ist hier die Veränderung des Eigenthums zurückzuführen auf die Grundsätze von der Tradition: die Confusion erscheint dabei nicht als eine eigenthümliche Erwerbart des Eigenthums.

3. Daß nicht etwa durch absichtliches Zusammengießen oder Zusammenschmelzen von Seiten eines der mehren Eigenthümer selbst, oder von Seiten eines Dritten eine neue Species hervorgebracht sei. Denn ist dieses der Fall, so finden die Grundsätze von der Specification Anwendung; diese aber sind von denjenigen wesentlich verschieden, welche in Hinsicht der Confusion, als einer eigenthümlichen Erwerbart des Eigenthums, gelten: Während die Specification ausschließliches Eigenthum gibt, begründet die Confusion, wie wir bald sehen werden, Miteigenthum [2]).

Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß nur zwei Fälle übrig bleiben, in welchen die Confusion möglicher Weise eine eigenthümliche Erwerbart des Eigenthums sein kann:

1) So ist dasjenige zu verstehen, was von einer voluntate dominorum vorgenommenen Confusion gesagt wird in L. 7. §. 8. D. h. t. (XLI, 1.) u. §. 27. I. d. rer. div. II, 1. in den Worten: »Si duorum . . . . . communem esse speciem non dubitatur.«

2) Hieraus erklärt sich L. 5. §. 1. init. D. d. R. V. VI, 1.

1. Der Fall, da Stoffe verschiedener Eigenthümer zufällig zusammengegossen oder zusammengeschmolzen sind, es mag nun daraus eine neue **Species** entstanden sein oder auch nicht [3]).

2. Der Fall, da die Stoffe verschiedener Eigenthümer absichtlich zwar, jedoch ohne gegenseitige Zustimmung, dergestalt zusammengegossen oder verschmolzen sind, daß keine neue **Species** hervorgebracht ist [4]).

Nur in diesen Fällen kann, möglicher Weise, die Confusion eine eigenthümliche Erwerbart des Eigenthums sein. Sie kann es sein — aber sie ist es bei weitem nicht immer. Sie ist es nämlich nicht, sobald Trennung, Sonderung möglich ist: da bleibt jedem das Seinige. Dagegen: läßt diese Sonderung sich nicht bewerkstelligen, dann bringt die Confusion eine Veränderung im Eigenthume hervor; und zwar ist, wie ich vorhin schon angedeutet habe, der Erfolg jederzeit der, daß das Gemisch nun Gegenstand des Miteigenthumes wird. Daß es auf den hier bezeichneten Unterschied ankommt, das lehren deutlich redende Stellen unserer Quellen [5]). Diese müssen uns bei der Interpretation zweier anderer Stellen [6]), welche nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit gefaßt sind, zum Leitfaden dienen. Wenn es hier heißt: die zufällig erfolgte Confusion von Stoffen mehrer Eigenthümer bringt Gemeinschaft des Eigenthums hervor; so ist das nur unter der Voraussetzung der Untrennbarkeit richtig.

Uebrigens richtet sich die Größe der ideellen Antheile an dem Gemeingut theils nach der Masse, theils nach der Güte des Stoffes, der einem Jeden vor der bewirkten Mischung gehörte [7]).

§. 275.

k. Erwerb wegen Vermengung.

Unter Vermengung oder **Commixtio**, — welcher Ausdruck zwar nicht bei den Römern, wohl aber bei uns als Ter-

3) cit. §. 27. I. d. rer. div. in den Worten »Quodsi fortuito« u. s. w. L. 7. §. 9. D. h. t.

4) cit. L. 5. §. 1. D. d. R. V.

5) L. 3. §. 2. D. d. R. V. cit. L. 5. §. 1. D. eod. in den Worten »Sed si plumbum« u. s. w. L. 12. §. 1. D. h. t.

6) Es sind die in Not. 3. citirten.

7) cit. L. 3. §. 2. L. 4. D. d. R. V.

minus technicus gebraucht wird, — denken wir uns jederzeit den Fall, da Gegenstände unter einander gerathen, ohne weder in ihrer äußeren Gestalt, noch auch in ihrer innern Qualität die geringste Veränderung zu erfahren. Alle Veränderung also bezieht sich nur auf die räumlichen Verhältnisse jener Gegenstände; sie befinden sich jetzt neben und unter gewissen andern Gegenständen, neben und unter welchen sie sich früher nicht befanden.

Angenommen nun, die miteinander vermengten Gegenstände gehören verschiedenen Personen. Ist alsdann die Vermengung mittelst gegenseitiger Zustimmung bewerkstelliget, so kann dadurch zugleich eine Veränderung im Eigenthum herbeigeführt werden [1]). Allein wenn dies geschieht, so geschieht es nach Gesetzen der Tradition, und die Vermengung wirkt hier also wenigstens nicht als eine eigenthümliche Erwerbart des Eigenthums.

Wie nun aber, wenn die Vermengung zufällig erfolgte, oder wenn nur Einer der Eigenthümer sie veranstaltete ohne des Andern Willen, oder wenn sie durch irgend einen Dritten bewirkt wurde? Hier ist die Regel diese: Es geht in dem Eigenthume überall gar keine Veränderung vor sich; jeder behält das Seine. Und das ist denn nun auch da ganz unbedenklich, wo die untereinander gerathenen Gegenstände durch die Vermengung ihre Erkennbarkeit nicht verloren haben, und von denen, mit welchen sie vermengt sind, leicht gesondert werden können. So z. B. bei Heerden, welche untereinander gerathen sind [2]). Aber wie nun, wenn meine Sachen mit denen eines Andern so vermengt sind, daß sie gar nicht mehr zu unterscheiden sind; oder, wenn sie sich zwar unterscheiden lassen, aber ohne die äußerste Schwierigkeit von den Sachen des Andern nicht gesondert werden können? Wie z. B. wenn mein Getreide mit dem Getreide eines Andern vermengt ist? Auch hier nun soll keine Veränderung im Eigenthume vor sich gehen [3]). Indessen: die Na-

1) §. 28. init. I. d. rer. div. II, 1. L. 5. pr. D. d. R. V. VI, 1. in den Worten »Quodsi voluntate eorum« u. s. w.

2) L. 23. §. 5. D. eod. in den Worten »At in his corporibus . . . . . vindicare posse.«

3) cit. §. 28. I. d. rer. div. in den Worten »Quodsi casu« u. s. w. cit. L. 5. pr. D. d. R. V. in den

tur der Sache macht, daß nun doch dieser Satz nicht im strengen eigentlichen Sinne zur Anwendung gebracht werden kann. Wenn mein Getreide mit dem des Titius vermengt worden ist, und Titius sich im Besitz des Gemengs befindet — so kann ich allerdings gegen den Titius mit der **Rei vindicatio** auf Herausgabe meines Getreides klagen. Aber es werden nun doch nicht etwa meine Körner herausgesucht; sondern es wird mir ein Theil des Gemenges zuerkannt, bei dessen Bestimmung der Richter Rücksicht nehmen muß theils auf die Quantität, theils auf die Qualität desjenigen, was von meinem Getreide in das Gemenge übergegangen ist: die Quote des Gemenges tritt in die Stelle ein des unvermischten Getreides, welches mir früher gehörte.

Es ist nun aber doch anders bei der **Commixtio**, als bei der **Confusio**. Das Gemenge ist nicht Gemeingut — sonst würde ich zur Auslieferung meines Theils nicht vermittelst der **Rei vindicatio**, sondern durch das Mittel der **Communi dividundo actio** gelangen.

Die hier aufgestellte Regel leidet nun aber in Einem Falle eine Ausnahme, in welchem eine Veränderung im Eigenthume ausdrücklich anerkannt wird, und zwar eine solche, mittelst deren Jemand an fremden Sachen sogar ein ausschließliches Eigenthum erlangt. Nämlich, wenn Jemand mir Geldstücke gezahlt hat, die nicht ihm, sondern einem Dritten gehören; so erwerbe ich das Eigenthum dieser Münzen, sobald sie mit den Meinigen dergestalt vermengt sind, daß sie sich davon nicht unterscheiden lassen; der Dritte mag sich an den Zahler halten [4]).

§. 276.

I. Erwerb eines gefundenen Schatzes.

In der allgemeinen Bedeutung bezeichnet der Ausdruck **Thesaurus**, Schatz, jede auf eine ungewöhnliche Weise verborgene Sache von Werth. Hier aber setzen wir insbesondere einen solchen Schatz voraus, dessen gegenwärtiger Eigenthümer nicht auszumitteln ist; denn nur unter dieser Voraussе-

Worten »Si frumentum duorum« u. s. w.

4) Siehe **L. 78. D. d. solutionib. XLVI, 3.**

tzung kann durch die Auffindung eines Schatzes Eigenthum erworben werden [1]). Wie nun aber verhält es sich mit diesem Erwerbe? Die gesetzlichen Bestimmungen darüber sind bei den Römern zu verschiedenen Zeiten höchst verschiedenartig gewesen. Für das Justinianische Recht sind die Hauptstellen folgende:

1. der §. 39. I. d. rer. div. II, 1. Hier wird angegeben, was der Imperator Hadrianus über das Auffinden von Schätzen verordnet habe — und diese Hadrianischen Bestimmungen werden von Justinian stillschweigend genehmigt.

2. Eine zweite Stelle ist die **L. un. C. de thesauris X. 15.**, eine Constitution des Kaisers Leo.

Diesen Stellen zu Folge muß man folgender Maaßen unterscheiden:

1. Jemand findet einen Schatz auf seinem eigenen Grund und Boden. Hier gehört der Schatz ihm und ihm allein, gleichviel, ob er absichtlich danach gesucht, oder ihn zufällig gefunden hat. Nur darf er sich nicht etwa zur Auffindung des Schatzes verbotener Künste bedient haben [2]). Wo solche verbotene Künste angewandt sind, verfällt der Schatz dem Fiscus.

2. Jemand findet einen Schatz auf dem Grund und Boden eines Andern. Hat alsdann der Finder absichtlich nach dem Schatze gesucht, so gehört der ganze Schatz dem Grundeigenthümer; hat er dagegen den Schatz zufällig gefunden, so gehört die Eine Hälfte ihm, die Andere dem Grundeigenthümer. Diese Bestimmungen gelten, der Grund und Boden mag einer physischen oder einer juristischen Person angehören; sie gelten also auch da, wo der Staat Grundeigenthümer ist. Indessen hat doch der Fall, da Jemand einen Schatz auf einem dem Staate gehörigen Grundstücke gefunden hat, insoweit etwas Besonderes, als der Finder sich durch Verheimlichung des Fundes eine eigenthümliche Strafe zuzieht. Nämlich wenn der Finder dem Fiscus dasjenige, was diesem gebührt, vorenthält, so muß er nicht nur, in jedem Fall, den ganzen Schatz herausgeben, sondern zur Strafe, überdies an den Fiscus das **alterum tantum** des Werthes zahlen [3]).

1) **L. 31. §. 1. D. h. t. XLI, 1.**
2) Siehe insbesondere **L. un. C. d. thesauris. XLIX, 14.**
3) **L. 3. §. 11. D. d. jure fisci.**

3. Jemand findet einen Schatz an einem Orte, der in Niemands Eigenthum ist. Als Regel muß man hier annehmen, der Schatz gehört dem Finder. Nur, wenn der Ort ein Locus sacer oder religiosus ist, da macht es nach der angeführten Institutionenstelle einen Unterschied, ob der Finder den Schatz zufällig gefunden, oder danach gesucht hat. Im ersten Fall gehört der Schatz ihm und zwar ganz. Das sagt die angeführte Institutionenstelle ausdrücklich. Mit dieser steht aber im Widerstreit eine Stelle unserer Pandekten [4]). Hier geschieht eines Rescripts der **Divi Fratres** Erwähnung, dem zu Folge von einem Schatze, der an einem **Locus religiosus** gefunden ist, die Hälfte dem Fiscus gebührt. Und zwar ergibt der Zusammenhang der Stelle, daß von einem zufällig gefundenen Schatze die Rede ist. Allein nicht an diese Pandektenstelle haben wir uns zu halten, sondern vielmehr an die Institutionenstelle. Daß dasjenige, was ich aus der Pandektenstelle angeführt habe, in die Pandekten aufgenommen ist, beruht augenscheinlich auf einem bloßen Versehen von Seiten der Compilatoren; ein Versehen, welches um so leichter zu erklären ist, als das Rescript der **Divi Fratres** neben demjenigen, was nach Justinians Absicht nicht mehr gelten sollte, auch Bestimmungen enthielt, die noch im Justinianischen Rechte anwendbar sind.

Ueber den zweiten Fall, da der Finder nach dem Schatze gesucht hat, enthält unsere Institutionenstelle keine ausdrückliche Bestimmung, und ebensowenig findet sich eine solche in irgend einer andern Stelle; es scheint indessen, daß hier der Schatz dem Fiscus verfallen sein soll [5]).

Uebrigens ergibt sich aus dem Gesagten, wie bei dem Erwerbe des Eigenthums an einem Schatze die Grundsätze von dem Erwerbe durch Verbindung mit denen von dem Erwerbe durch Occupation concurriren. Das bloße Verborgensein des Schatzes in meinem Grund und Boden, oder in einem mir gehörigen Gebäude macht mich noch nicht zum Eigenthümer; der Schatz

4) **L. 3. §. 10. D. eod.**

5) Siehe die Note von Schrader in seiner Ausgabe der Institutionen (S. ob. §. **10.** Bd. **I.** S. **31.**) zu §. **37. I. d. rer. div.** zu den Worten »**in sacro u. fortuito.**«

muß erst gehoben sein. Aber wieder — das bloße Heben des Schatzes, die bloße Besitzergreifung thut es auch nicht; denn wer einen Schatz occupirt, den er auf dem Grund und Boden eines Andern findet, erwirbt entweder gar nicht, oder er muß wenigstens mit dem Grundeigenthümer theilen.

m. Erwerb durch Tradition.

§. 277.

aa. Ueber diese Erwerbart im Allgemeinen.

Die freiwillige Uebertragung des Eigenthums unter Lebendigen kann durch bloße Uebereinkunft nicht beschafft werden; sondern es wird dazu Uebertragung des Besitzes erfordert, verbunden mit der Absicht, daß, wie dieser, so auch das Eigenthum übertragen sein solle [1]). Diese Uebertragung des Besitzes wird aber häufig auf eine Weise vollzogen, die gerade nichts Augenfälliges hat, nämlich durch eine s. g. **Traditio brevi manu** (§. 207), oder auch mittelst eines s. g. **Constituti possessorii** (§. 210). Eine Modification der Regel, daß Uebertragung des Besitzes erfordert werde, tritt in dem Fall ein, da derjenige, auf welchen ich das Eigenthum meiner Sache übertragen will, sich ohnedies schon in dem juristischen Besitze derselben befindet. Hier reicht die bloße Uebereinkunft, daß der Besitzer Eigenthümer sein solle, hin, ihn zum Eigenthümer zu machen. Es würde eine unnütze Weitläufigkeit sein, wenn er erst den Besitz auf mich übertragen, und ihn dann von mir zurück erhalten müßte [2]).

Uebrigens muß ich bemerken: die Tradition im eigentlichen Sinne setzt voraus, daß derjenige, welcher Besitz und Eigenthum aufgibt, die Absicht habe, daß beides grade auf eine bestimmte Person, auf eine **certa persona** übergehe. Indessen finden wir in unseren Quellen auch den Begriff einer **Traditio**, verbunden mit einer **Voluntas in incertam personam collata.**

1) L. 20. C. d. pactis. II, 3.: »Traditionibus . . . dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.«

2) L. 21. §. 1. D. h. t. (XLI, 1.) Vergl. §. 207. Note 7.

Nämlich dieser Begriff kommt vor bei den Missilia, d. h. bei solchen Sachen, welche unter das Volk ausgeworfen worden, namentlich bei ausgeworfenen Geldstücken. Jeder aus dem Volke, welcher zugreift, wird dadurch Eigenthümer des Ergriffenen. Und dieser Erwerb wird in ein paar Stellen dargestellt als beruhend auf einer solchen **Traditio in incertam personam collata** [3]). Nämlich der, welcher z. B. Geld auswirft, hat dabei die Absicht, Besitz und Eigenthum aufzugeben — zugleich aber beabsichtigt er dabei, daß Andere das Ausgeworfene sich aneignen sollen; nur wer, das ist nicht bestimmt, das ist dem Auswerfenden gleich. Indessen richtiger scheint es doch diesen Erwerb vielmehr auf die Grundsätze der Occupation zurückzuführen; der, welcher auswirft, derelinquirt, und der, welcher zugreift, occupirt eine **Res nullius**. — Auf jeden Fall erfordert die eigentliche Tradition eine **Persona certa**: und nur auf diese eigentliche Tradition wird im Verfolg Rücksicht genommen werden.

Ich will nunmehr zuerst die Erfordernisse angeben, auf die es ankommt, wenn die Besitzübertragung zugleich eine Eigenthumsübertragung sein soll; und dann will ich zweitens die Wirkungen näher bezeichnen.

I. Erfordernisse.

1. Der Tradent muß Eigenthümer sein [4]), oder befugt, als Stellvertreter des Eigenthümers zu handeln [5]).

2. Der Tradent muß zur Veräußerung befugt sein, was nicht bei jedem Eigenthümer, und nicht bei jedem Stellvertreter des Eigenthümers der Fall ist [6]).

3. Der Empfänger muß derjenige grade sein, auf welchen der Tradent Besitz und Eigenthum zu übertragen beabsichtiget, oder dessen Stellvertreter [7]).

3) §. 46. I. d. rer. div. II, 1. L. 9. §. 7. D. h. t.

4) L. 20. pr. D. eod. »Traditio nihil amplius transferre debet, vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. . . . .«

5) L. 9. §. 4. D. eod. »Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem, an voluntate ejus alius.« — Vergl. §. §. 42. 43. I. d. rer. div. u. §. 1. I. quib. alienare licet, vel non. II, 8.

6) Siehe u. A. §. 2. init. I. eod. u. L. 10. pr. D. d. curatorib. furioso etc. dandis. XXVII, 10.

7) L. 13. L. 20. §. 2. D. h. t. Vgl. in Beziehung auf die Stellvertretung §. 210.

4. In Bezug auf die Uebertragung des Eigenthums an dem tradirten Gegenstande, wird Uebereinstimmung des Willens erfordert [8]). Diese Uebereinstimmung setzt aber wieder dreierlei voraus:

a. Der tradirte Gegenstand muß der rechte sein, sonst geht nicht einmal im Besitz eine Veränderung vor sich [9]).

b. Ferner: der Tradent muß die Absicht haben, sein Eigenthumsrecht, oder, wenn er als Stellvertreter eines Andern handelt, dessen Eigenthumsrecht aufzugeben. — Denken wir uns daher folgenden Fall: Der Stellvertreter gibt seine eigene Sache hin, indem er diese irriger Weise für eine Sache des Repräsentirten hält. Hier ist seine Absicht die, das Eigenthumsrecht des Repräsentirten aufzugeben; allein da dieses überall nicht existirt, so kann jene Absicht keinen Erfolg haben. Was aufgegeben werden könnte, ist das Eigenthum des Stellvertreters selbst; dieses aufzugeben, ist er aber nicht gesonnen, und daher hört es denn auch keineswegs auf. Mithin geht, unter den angegebenen Voraussetzungen überall keine Veränderung im Eigenthume vor sich [10]).

Ich habe so eben von der Absicht des Tradenten gesprochen; aber es kommt

8) **L. 55. D. d. O. et A. XLIV, 7.** . . . . . « Beide Stellen setzen voraus, daß Jemand seine eigene Sache in der irrigen Meinung tradirt hat, sie gehöre demjenigen, als dessen Stellvertreter er handelt. Dieser Irrthum berechtigt ihn, die Sache zu vindiciren. Aber bei der **L. 35.** haben wir uns den Fall so zu denken: Die Thätigkeit des Stellvertreters ist auf die Tradition beschränkt gewesen; daher kann er die Sache mit Erfolg vindiciren. Dagegen in dem Fall der **L. 49.** hat der Stellvertreter nicht bloß tradirt, er hat auch den der Tradition vorangegangenen Kaufvertrag geschlossen, und ist aus diesem dem Empfänger der Sache obligatorisch verpflichtet. Deshalb wird ihm, wenn er gegen den Empfänger die Rei vindicatio anstellt, eine Exceptio entgegen stehn (vgl. §. 239.); die Klage wird also ohne Erfolg sein. In diesem Sinne sind die Worte »neque . . . vindicationem ei concedendam« zu nehmen.

9) **L. 34. pr. D. d. possess. XLI, 2.**

10) Vergleiche §. 87. Nr. 1. und **L. 35. D. h. t.: »Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.«** Mit dieser Stelle steht es in keinem Widerspruche, wenn in der **L. 49. D. mandati. XVII, 1.** Folgendes gesagt wird: **»Servum Titii emi ab alio bona fide, et possideo; mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse . . . . . de jure evictionis et (mandato) quaesitum est. Et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam; et idcirco mandati agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit.**

c. auch die Absicht des Empfängers in Betracht. Dieser nämlich muß die Absicht haben, selbst Eigenthümer zu werden, oder, wenn er zur Stellvertretung eines Andern berufen ist, die Absicht, diesen zum Eigenthümer zu machen. So wenigstens muß es, im Fall der Stellvertretung, dann sein, wenn Alles in seiner rechten Ordnung sein soll. Indessen, angenommen, der zur Stellvertretung Berufene verbindet mit dem Empfange der Sache jene Absicht nicht, sondern er beabsichtiget vielmehr, für sich selbst, oder für irgend einen Dritten das Eigenthum der Sache zu erwerben: hier wird nun doch nichts destoweniger derjenige Eigenthümer werden, der es nach der Absicht des Tradenten werden soll [11]).

Mit diesen Erfordernissen der Uebereinstimmung des Willens hängt genau zusammen der Grundsatz, daß die Tradition eine **Justa causa** erfordere. Dieser Grundsatz wird in dem folgenden Paragraphen besonders erörtert werden.

Ich wende mich nunmehr zu den

II. Wirkungen der Tradition.

Die Tradition bewirkt den Uebergang des Eigenthums auf den Empfänger, oder denjenigen, dessen Stelle dieser vertritt [12]), und zwar geht das Eigenthum auf diesen in derselben Art über, in welcher es dem bisherigen Eigenthümer zustand [13]).

Ist die Tradition unter einer Bedingung erfolgt, so tritt die angegebene Wirkung erst mit der Erfüllung der Bedingung ein [14]).

Hiermit hängt zusammen folgende besondere Regel für die Tradition auf den Grund eines Kaufes. Nämlich, wenn der Eigenthümer die verkaufte Sache dem Käufer tradirt, so betrachtet man die Absicht der Eigenthumsübertragung als abhängig von der Voraussetzung, daß der Verkäufer wegen des Kaufpreises zufrieden gestellt sei. Ehe dieses geschehen ist, geht, der

11) Vergl. §. 210. den Text zu Note 3.

12) §. 40. I. d. rer. div. L. 9. §. 3. D. h. t.

13) L. 20. §. 1. D. eod. Vgl. Note 4.

14) L. 38. §. 1. i. f. D. d. possess. XLI, 2. L. 7. §. 3. D. d. jure dot. XXIII, 3.

erfolgten Tradition ungeachtet, das Eigenthum auf den Käufer nicht über [15]). Nun aber fragt es sich: Wann kann man sagen, der Verkäufer sei zufrieden gestellt? Zunächst natürlich, wenn der Käufer den Kaufpreis wirklich zahlt. Aber auch dann, wenn der Verkäufer es sich gefallen läßt, daß ein Anderer für den Käufer expromittirt; desgleichen wenn er sich Bürgen oder Pfand bestellen läßt. Ja es gehört selbst das hierher, wenn der Verkäufer ohne alle besondere Sicherstellung sich bereit erklärt, dem Käufer das Kaufgeld zu creditiren — da er denn durch das bloße Vertrauen, welches der Käufer ihm einflößt, zufrieden gestellt wird. Dieser Fall wird in unseren Quellen so bezeichnet: »**si fidem emptoris secutus fuerit.**« — Hieraus ergibt sich nun die juristische Bedeutsamkeit des s. g. **Pacti reservati dominii**, welches nicht selten mit dem Verkauf einer Sache verbunden wird. Man versteht darunter eine Uebereinkunft zwischen Verkäufer und Käufer, vermöge deren der Verkäufer sich, bis zur gänzlichen Bezahlung des Kaufpreises, das Eigenthum an der dem Käufer übergebenen Sache vorbehält. Wo nun der Verkäufer noch nicht zufrieden gestellt ist, da ist dieses **Pactum** überflüssig; nicht aber da, wo jenes der Fall ist, wo er z. B. dem Käufer Credit gegeben hat. Dann wird durch das **Pactum reservati dominii** die außerdem eintretende Folge des Zufriedengestelltseins, namentlich des etwa gegebenen Credits, wiederum aufgehoben, und der Erfolg ist nun in Hinsicht der Uebertragung des Eigenthums, ganz derselbe, wie wenn nichts geschehen wäre, was den Verkäufer hätte zufrieden stellen können. — Noch muß ich auf Folgendes aufmerksam machen: die bloße Tradition noch ehe der Kaufpreis gezahlt ist, reicht nicht hin, um anzunehmen, daß der Kaufpreis creditirt sei. Sonst würde ja die ganze Regel, von welcher hier die Rede ist, keine Bedeutung haben. Es muß immer etwas Besonderes geschehen, wenn angenommen werden soll, daß der Kaufpreis creditirt worden sei.

15) §. 41. I. d. rer. div. L. 5. §. 18. D. d. tributoria act. XIV, 4. L. 19. L. 53. D. d. C. E. XVIII, 1.

§. 278.

bb. Insbesondere über die Justa causa bei der Tradition.

Die Regel, daß die Tradition eine Justa causa erfordere, ist enthalten in der L. 31. pr. D. h. t. (XLI, 1.).

»Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua [1]) justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.«

Diese Regel nun steht mit dem Erforderniß eines übereinstimmenden Willens in Bezug auf den Uebergang des Eigenthums in dem genauesten Zusammenhange. Die bloße Tradition überträgt nur den Besitz; soll sie Eigenthum übertragen, so muß die Absicht der Interessenten auf diese Uebertragung mit gerichtet sein. Namentlich muß der Tradent die Absicht haben, den Empfänger zum Eigenthümer zu machen; und daher muß denn ferner irgend eine Thatsache vorhanden sein, welche den Empfänger berechtigt jene Absicht anzunehmen. Diese Thatsache kann in einer mit der Tradition verbundenen ausdrücklichen Erklärung enthalten sein; aber sie kann auch in der bloßen Beziehung der Tradition auf ein obligatorisches Verhältniß liegen, dessen Beschaffenheit zu dem Schlusse berechtiget, daß der Tradent Uebertragung des Eigenthums beabsichtige. Ist eine solche Thatsache vorhanden, so haben wir eine **Justa causa**.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Beziehung auf ein obligatorisches Verhältniß nicht nothwendig ist. Z. B. ich kann Jemanden, ohne ihm irgend obligatorisch verpflichtet zu sein, oder eine solche Verpflichtung auch nur vorauszusetzen, Sachen übergeben in der Absicht, sie ihm zu schenken: gebe ich nun diese Absicht zu erkennen, so liegt hierin eben die **Justa causa**, und die Tradition wird den Empfänger zum Eigenthümer machen. Allerdings aber ist der Fall, da etwas Obligatorisches im Spiele ist, der bei weitem häufigste. So z. B. wenn ich meine Sache einem Andern tradire, weil ich sie ihm verkauft habe, oder wegen eines Tausches, oder wegen eines früheren Versprechens,

1) In den Worten »aut aliqua« steckt offenbar ein Fehler: man muß lesen: »aut alia qua.« Siehe Bynkershoek Observatt. V, 25.

sie ihm zu schenken. Wenn ich hier tradire, so thue ich es, um meiner Verpflichtung Genüge zu leisten: diese aber ist von der Art, daß, wenn nicht besondere Gründe dagegen sind, angenommen werden muß, ich habe die Absicht, mein Eigenthumsrecht auf den Andern zu übertragen.

Uebrigens ist über diesen Fall insbesondere, also über den Fall, da die Tradition sich auf eine **Obligatio** bezieht, noch Folgendes zu bemerken:

1. Es kann sein, das obligatorische Verhältniß, hinsichtlich dessen ich tradire, beruht auf einem verbotenen Rechtsgeschäfte. Nichts desto weniger wird die Tradition Uebergang des Eigenthums bewirken; sobald nur nicht ein Veräußerungsverbot im Spiele, und somit die Tradition selbst untersagt ist. Man muß also wohl unterscheiden Verbote, welche bloß die Entstehung einer gültigen Obligation hindern, und solche, welche die Tradition untersagen. Ist bloß die Obligation verboten, so werde ich zwar dasjenige, was ich in Beziehung auf dieselbe dem Andern übergeben habe, mittelst einer persönlichen Klage wieder zurückfodern können; aber Eigenthümer bin ich für jetzt nicht mehr, und eben deshalb kann ich auch wegen des Hingegebnen die **Rei vindicatio** nicht anstellen, die mir, wäre ich Eigenthümer geblieben, nicht versagt werden könnte. So z. B. wenn ich Jemanden in einem verbotenen Spiele eine Summe Geldes schuldig geworden bin, und Zahlung geleistet habe. Da kann ich die gezahlten Geldstücke nicht vindiciren; wohl aber kann ich den Andern mit einer persönlichen Klage auf Rückgabe belangen [2]).

2. Es kann sein, daß das obligatorische Verhältniß hinsichtlich dessen ich tradire, überall gar nicht vorhanden ist, daß es nur irriger Weise vorausgesetzt wird. Dieser Irrthum hindert den Uebergang des Eigenthums keineswegs; denn, ungeachtet jenes Irrthums, ist doch immer die Absicht vorhanden, Eigenthum zu übertragen. Daher kann ich denn, auch in diesem Fall, das Hingegebene nicht vindiciren; wohl aber werde ich, Falls mein Irrthum nicht etwa ein **Error juris** war, mittelst

2) Siehe **L. ult. C. d. aleatorib. III, 43. L. 5. §. 1. D. d. condict. sine causa. XII, 7.**

der **Condictio indebiti**, also mittelst einer persönlichen Klage, Rückgabe verlangen können. Hiervon wird ausführlicher gehandelt werden in dem Obligationenrechte. Uebrigens erinnere ich bei dieser Gelegenheit an das im §. 259. Vorgetragene.

Außer demjenigen, was hier über den Fall insbesondere, da die Tradition in Beziehung auf ein obligatorisches Verhältniß erfolgt, gesagt worden, ist nun aber auch noch etwas, und zwar etwas von großer Wichtigkeit zu berücksichtigen, was auf die **Causa traditionis** eine allgemeine Beziehung hat. Nämlich: denken wir uns, in der Hauptsache sind Tradent und Accipient einig: jener will Eigenthum übertragen, dieser Eigenthum erwerben. Aber über die speciellere Beziehung der Tradition sind ihre Vorstellungen abweichend von einander. Dahin gehören die Beispiele, welche Julianus in der **L. 36. D. h. t.** [3]) anführt: der Tradent überliefert die Sache in der Meinung, durch ein ihm auferlegtes Legat zur Uebertragung des Eigenthums verpflichtet zu sein; der Accipient aber nimmt die Sache an in der Meinung, der Tradent sei ihm durch eine Stipulation, also durch Vertrag verpflichtet. Oder: der Tradent übergibt dem Accipienten Geldstücke in der Absicht, sie ihm zu schenken; der Accipient aber steht in der Meinung, er erhalte diese Geldstücke als Darlehn, er solle zwar Eigenthümer derselben werden, zugleich aber verpflichtet sein, das Empfangene dereinst **in genere** zu restituiren.

Es fragt sich, ob die hier vorausgesetzte Verschiedenheit der Vorstellungen beider Theile, den Uebergang des Eigenthums verhindern werde? Nach **Julianus** muß diese Frage verneint werden; das Eigenthum wird nichts destoweniger von dem Tradenten auf den Accipienten übergehen. Denn **Julianus** sagt »**non animadverto, cur inefficax sit traditio**« und ferner: »**constat, proprietatem ad te transire.**«

3) »Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio: veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat, proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.«

Ganz anders aber sieht Ulpianus die Sache an in der L. 18. pr. D. d. reb. credit. XII, 1. [4]). Auch er setzt den Fall, daß Jemand mir Geldstücke übergibt, um sie mir zu schenken, während ich sie als Darlehn annehme. Zunächst wirft er nur die Frage auf, ob in diesem Fall eine Schenkung, oder ein Darlehn, oder etwa keines von beiden anzunehmen sei. Das ist nun etwas, was an und für sich außer den Grenzen unserer jetzigen Betrachtung liegt. Denn diese betrifft lediglich den Uebergang des Eigenthums rein für sich, und ohne alle Rücksicht auf anderweitige Beziehungen. Aber jene Frage, welche Ulpianus aufwirft, führt ihn mittelbar auch auf den Gegenstand unserer Betrachtung. Er geht nämlich davon aus, daß eine Schenkung in dem vorausgesetzten Falle nicht Statt finde, und zwar beruft er sich dabei auf den Julianus, — wobei ich nur dies bemerken will, daß diese Berufung keine Beziehung haben kann auf die vorhin angeführte Stelle des Julianus. Ulpianus muß eine andere Stelle im Sinne gehabt haben. — Also, eine Schenkung läßt sich nach Ulpianus Meinung nicht annehmen. Aber, sagt er, ich glaube auch nicht, daß ein Darlehn angenommen werden kann; denn ich halte dafür, daß die Geldstücke überall gar nicht in das Eigenthum des Empfängers übergehen, dies aber ist etwas für die Begründung des Darlehns wesentlich Nothwendiges.

Man hat viele Versuche gemacht, die angeführten beiden Stellen mit einander in Uebereinstimmung zu bringen. Diese Versuche sind aber, meiner Ueberzeugung nach, alle mißlungen. Ich halte dafür, daß in der That Ulpian die Sache aus einem andern Gesichtspunkte angesehen habe als Julian. Es fragt sich indeß nur, welcher Stelle sollen wir den Vorzug geben, an welche sollen wir uns halten?

Ulpian hat nach Julian gelebt, und so könnte man geneigt sein, seiner Ansicht, als der des jüngeren Juristen, den Vorzug

4) »Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse. (Auf uns ist diese Stelle des Julianus nicht gekommen.) Sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit . . . . . .«

einzuräumen. Dennoch bin ich der Meinung, daß wir uns an die Ansicht des Julian zu halten haben. Meine Gründe sind folgende:

1. glaube ich, daß die Meinung des Julian mit der **Ratio juris** übereinstimmt, während die Ansicht des Ulpian der **Ratio juris** widerstreitet.

2. Julian sagt, es ist ausgemacht, daß in unserem Fall die Tradition Uebergang des Eigenthums zur Folge hat, »**constat, proprietatem transire.**« Das also muß die herrschende Ansicht der Rechtsgelehrten gewesen sein. Ulpian dagegen spricht nur von seiner besondern individuellen Ansicht; er sagt »**puto — — nummos accipientis non fieri.**«

§. 279.

m. Erwerb durch Adjudication.

Diese Art des Erwerbes kommt vor

1. in folgendem Fall: Ihrer zwei oder Mehre stehen in Gemeinschaft des Eigenthums. Nun wird auf Theilung geklagt, entweder mittelst der **Communi dividundo actio**, oder vermittelst der **Familiae erciscundae actio**; und der Richter spricht jedem Einzelnen einen bestimmten reellen Theil zu, oder auch Einem allein das Ganze. Dieser Ausspruch, diese **Adjudicatio** gibt an dem von dem Richter bezeichneten Gegenstande unmittelbar ausschließliches Eigenthum, ohne daß es erst einer Tradition bedürfte [1]).

Allerdings wird nun aber dabei vorausgesetzt, daß die Sache denen, unter welchen die Theilung processualisch verhandelt wird, wirklich angehört [2]).

2. Die **Adjudicatio** kommt nun aber vor auch da, wo die Grenzen zweier **Praedia rustica** in Verwirrung gerathen sind: inwiefern der Richter eine neue Grenze zu ziehen für gut findet. Nämlich: wenn durch diese von dem einen **Praedio** ein Stück abgeschnitten wird, welches fortan zu dem andern gehören soll, so geht auch hier das Eigenthum ohne Weiteres über [3]).

1) §. §. 4. 5. 7. I. d. officio judic. IV, 17.

2) L. 17. D. d. usurp. et usucap. XLI, 3.

3) §. §. 6. 7. I. d. officio judic.

§. 280.

o. Erwerb wegen nicht erstatteter Reparaturkosten.

Wenn ein Haus Mehren gemeinschaftlich angehört, und Einer unter diesen Mehren allein läßt auf seine Kosten dasselbe repariren, so kann er von den Uebrigen verlangen, daß sie ihm innerhalb eines Zeitraums von vier Monaten ihren Kostenantheil mit 12 % jährlicher Zinsen erstatten. Wer diesen Ersatz nicht leistet, dessen Antheil an dem Hause wird **eo ipso** demjenigen erworben, welcher die Auslage gemacht hat — er müßte es denn vorziehen auf Ersatz zu klagen [1]).

§. 281.

p. Erwerb wegen Zolldefraudation.

DIG. XXXIX, 4. De publicanis et vectigalibus et commissis. — COD. IV, 61. De vectigalibus et commissis.

Wenn Jemand Sachen, welche bei ihrem Ein- oder Ausgange versteuert werden müssen, absichtlich anzugeben unterläßt, und so der Entrichtung der schuldigen Steuer sich zu entziehen sucht; so verfallen jene Sachen zur Strafe, der Steuercasse. In den Quellen wird dies so ausgedrückt: »**In causam commissi incidere, in commissum cadere** [1]).« Und zwar wird der Steuercasse das Eigenthum an diesen Sachen **ipso jure** erworben [2]).

q. Erwerb des Eigenthums an den Früchten einer fremden Sache *).

§. 282.

aa. Von Seiten des Bonae fidei possessor.

Dabei ist durchaus nur von natürlichen Früchten, nicht von civilen die Rede.

1) L. 52. §. 10. D. pro socio. XVII, 2. L. 4. C. d. aedific. privat. VIII, 10.

1) L. 8. L. 16. §. 10. D. d. publicanis etc.

2) L. 14. D. eod.

*) v. Savigny, das Recht des Besitzes. §. 22a. (6te Aufl. S. 312. folg.) — Unterholzner, von der Erwerbung des Eigenthums an den Erzeugnissen; im Archiv für d. civilist. Praxis. Bd. VIII. S. 309. f. — **Frid. Guil. Ed. Backe, Bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat. Berol. 1825. 8.**

I. Allgemeine Voraussetzungen für diese Art des Erwerbes.

1. Es wird vorausgesetzt, daß Jemand **bona fide** eine fremde Sache als die seinige besitzt.

2. Gleichgültig ist es, ob die Sache für die Usucapion geeignet ist, oder nicht [1]).

3. Es wird vorausgesetzt, daß der Besitzer der Sache an den Früchten derselben einen selbstständigen Besitz gewinnt. Dazu bedarf es von seiner Seite nicht erst eines besondern Aktes der Apprehension; es ist genug, daß die Früchte auf irgend eine Weise, gleich viel auf welche, von der Hauptsache gesondert werden [2]).

4. Es wird erfordert, daß der Besitzer der Hauptsache auch noch zur Zeit der Sonderung der Früchte **in bona fide** sei. Die Meinungen der alten Juristen über diesen Punkt waren allerdings getheilt. Julianus hielt die **Bona fides** zur Zeit der Sonderung nicht für nöthig [3]). Wohl aber forderten sie andere und zwar spätere Rechtsgelehrten [4]). Und an deren Meinung haben wir uns zu halten; theils weil sie der Natur der Sache angemessener ist, theils weil sie sich bei späteren Juristen gerade findet.

II. Nähere Bestimmung des Erfolgs.

A. Herrschende Ansicht.

1. Der **Bonae fidei possessor** erwirbt an den Früchten sofort ein wahres wirkliches Eigenthum. Der Beweis liegt im Folgenden: In den Stellen der Note 2. wird der Fruchterwerb von Seiten des **Bonae fidei possessor** zusammengestellt mit dem Fruchterwerbe von Seiten des Usufructuars; daß dieser aber mit dem Besitz der Früchte zugleich wahres Eigenthum erwirbt, ist außer allem Streit.

Ferner: in der **cit. L. 25. §. 1. D. d. usuris etc.** [5])

1) **L. 48. pr. D. h. t. (XLI, 1.)** in den Worten »Nec interest« u. s. w. **cit. L. 48. §. 1. in f.**

2) Siehe §. 209. und **L. 13. in f. D. quib. mod. ususfr. amittitur. VII, 4. L. 25. §. 1. in f. D. d. usuris etc. XXII, 1. cit. L. 48. pr. D. h. t.** in den Worten »Denique . . . . . emptoris fiunt.«

3) **L. 25. §. 2. D. d. usuris etc. XXII, 1. (Julianus).**

4) **L. 40. D. h. t. (Africanus). cit. L. 48. §. 1. D. eod. (Paulus). Conf. L. 23. §. 1. D. eod. (Ulpianus).**

5) ». . . . . Porro bonae fidei

wird der Bonae fidei possessor hinsichtlich des Fruchterwerbs mit dem Eigenthümer der Hauptsache verglichen. Endlich in der L. 28. pr. D. cod. [6]) wird geradezu gesagt, der Bonae fidei possessor erwerbe die Früchte sofort pleno jure.

2. Dieses Eigenthumsrecht des Bonae fidei possessor ist indessen zunächst allerdings nur ein interimistisches, ein revocables Eigenthum. Darauf bezieht es sich, wenn in einer der bereits angeführten Stellen [7]) gesagt wird, der Bonae fidei possessor mache die Früchte interim zu den seinigen. Nämlich: der wirkliche Eigenthümer der Hauptsache kann die Früchte vindiciren; und thut er dieß, so muß seinem stärkeren Rechte das schwächere Recht des Bonae fidei possessor weichen. Es hat dies indessen doch seine Grenzen; es kann also das revocable Eigenthum des Bonae fidei possessor in ein irrevocables verwandelt werden. Und zwar auf eine zweifache Weise: bei den Früchten, welche der Bonae fidei possessor in Händen hat, also bei den extantes fructus, durch Usucapion; — doch bedarf dies einer näheren Erläuterung:

Es gilt im Justinianischen Rechte ohne Ausnahme die Regel, daß die Usucapion nur eine fremde Sache zu der unsrigen macht. Bei dem Fruchterwerb ist es so: die Früchte gehören mir schon jetzt, ohne alle Usucapion. Wenn dessen ungeachtet gesagt wird, daß dieses Eigenthum durch Usucapion irrevocabel werde, so ist dieses so zu verstehen: Den Vortheil, den ich durch die Usucapion gehabt hätte, wenn die Früchte nicht gleich von Anfang die meinigen gewesen wären — den kann ich auch jetzt in Anspruch nehmen; ich darf dadurch, daß ich die Usucapion nicht nöthig hatte, in keine schlimmere Lage versetzt werden, als worin ich mich befinden würde, wenn ich die Usucapion nicht hätte entbehren können.

possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est. . . . . .«

6) (Gajus): »In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et hoedi et vituli statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii.«

7) cit. L. 48. pr. D. h. t.: »Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit . . . . . quia, quod ad fructus attinet, loco domini paene est . . . . . «

Bei denjenigen Früchten aber, welche der **Bonae fidei possessor** consumirt hat, ist es die Consumtion, welche sein revocables Eigenthum in ein irrevocables verwandelt. Nicht nur, daß der **Bonae fidei possessor** dem Eigenthümer der Hauptsache wegen der consumirten Früchte zu keinerlei Ersatz verbunden ist, sondern es werden die Früchte selbst, im Augenblick der Consumtion für ihn zu einem Gegenstande unwiderruflichen Eigenthums. In der schon angeführten **L. 40. D. h. t.** [8]) sagt der Jurist Africanus von dem **Bonae fidei possessor** ausdrücklich: »**Fructus consumtos suos facit.**«

Um die praktische Wichtigkeit dieses Satzes einzusehen, muß man erwägen, daß der Begriff des **consumere** keinesweges auf das Verzehren beschränkt ist, sondern daß er auch jede Veräußerung umfaßt. Denken wir uns daher, der **Bonae fidei possessor** veräußert die Früchte. Da hat der Umstand, daß er im Augenblicke der Veräußerung unwiderruflicher Eigenthümer wird, die wichtige Folge, daß nun auch das Eigenthumsrecht desjenigen, an den er veräußert, ein unwiderrufliches ist; daß also der Eigenthümer der Hauptsache von diesem die Früchte nicht vindiciren kann.

3. Auf die Art und Weise, wie die Früchte erzeugt sind, kommt es gar nicht an. Es gelten hinsichtlich der rein natürlichen Früchte ganz dieselben Grundsätze, welche hinsichtlich der s. g. **Fructus industriales** gelten [9]).

Aus Allem ergibt sich nun aber zur Genüge, daß der Fruchterwerb von Seiten des **Bonae fidei possessor** ein Erwerb eigenthümlicher Art ist.

Dies ist die herrschende Ansicht. In ihr ist das gewiß richtig, daß der **Bonae fidei possessor** schon durch die bloße Separation wahrer wirklicher Eigenthümer wird, dennoch aber, wenn er der Hauptsache halber mit der **Rei vindicatio** belangt

8) »..... etenim simul haec fere cedere, ut, quo casu fructus praediorum consumtos suos faciat bonae fidei possessor, eodem per servum ex opera et ex re ipsius ei acquiratur.«

9) Zum Beweise dient cit. **L. 48. pr. D. h. t. XLI, 1.**: »Bonae fidei emtor ... fructus ... suos interim facit non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes, quia .....« (Vergl. Note 7.)

wird, die **extantes fructus** herausgeben muß. Dagegen erscheint sehr bedenklich, daß der **Bonae fidei possessor** sein an sich revocables Eigenthumsrecht durch Usucapion in der oben ausgeführten Weise in ein irrevocables soll verwandeln können. Denn an einer Stelle, in welcher dies gesagt würde, fehlt es durchaus, und es kommt auch sonst nirgend etwas Aehnliches vor: es gibt kein Beispiel einer solchen Art von Usucapion.

B. Abweichende Ansichten.

Ich wende mich nunmehr zu den abweichenden Ansichten. Unter diesen gibt es mehre, welche mit der herrschenden Ansicht darin wenigstens überein kommen, daß auch ihnen zu Folge der **Bonae fidei possessor** schon durch die bloße Sonderung wahres wirkliches Eigenthum erwirbt, und daß dieser Erwerb ein Erwerb eigenthümlicher Art ist. Dagegen hat Savigny eine Ansicht aufgestellt, welche Beides verwirft. Ich will nun zuerst Auskunft geben über jene, der herrschenden Ansicht näher stehenden Meinungen:

1. Einige weichen von der herrschenden Ansicht nur insofern ab, als sie behaupten, wenn der Eigenthümer der Hauptsache diese von dem **Bonae fidei possessor** vindicire, so brauche Letzterer zwar wegen der industriellen Früchte, welche er consumirt habe, keinen Ersatz zu leisten, wohl aber sei er zu diesem hinsichtlich der consumirten, bloß natürlichen Früchte verbunden. Diese Unterscheidung indessen ist unrichtig.

2. Weiter entfernt sich von der herrschenden Ansicht die Meinung, welche Unterholzner in der oben S. 179 *) angeführten Abhandlung auszuführen gesucht hat, und welche im Wesentlichen dahin geht: An den industriellen Früchten erwirbt der **Bonae fidei possessor** schon durch die bloße Separation wahres wirkliches Eigenthum, und zwar ist dieses gleich von Anfang an ein irrevocables, dergestalt, daß der **Bonae fidei possessor** auch die **extantes fructus**, sobald sie industrielle sind, an den Eigenthümer der Hauptsache nicht herauszugeben braucht. Dagegen erwirbt der **Bonae fidei possessor** an den rein natürlichen Früchten durch die bloße Separation kein Eigenthum; Eigenthü-

mer kann er nur durch Usucapion oder Consumtion werden [10]). Auch gegen diese Ansicht streitet, daß der Unterschied, welchen sie zwischen den verschiedenen Arten der Früchte machten, in den Quellen nicht begründet ist.

Für beide eben erwähnte Meinungen pflegt angeführt zu werden **L. 45. D. d. usuris etc.** [11]). Hier wirft Pomponius, bei Gelegenheit eines andern Gegenstandes, ohne alle nähere Bestimmung, die Bemerkung hin, daß nicht jeder **Bonae fidei possessor** solche Früchte erwerbe, die ohne sein Zuthun erzeugt worden. Allein andere Stellen, welche davon, wie es bei dem **Bonae fidei possessor** mit den Früchten zu halten sei, **ex professo** sprechen, machen in Bezug auf die Entstehungsweise der Früchte keinen Unterschied; ja in der vorhin Note 9. angeführten Stelle sagt Paulus sogar ausdrücklich, das Recht des **Bonae fidei possessor** sei bei allen Früchten, sowohl bei den bloß natürlichen, als bei den industriellen, dasselbe.

3. Noch gibt es eine Meinung, der zu Folge der **Bonae fidei possessor** an den gesonderten Früchten sofort ein unwiderrufliches Eigenthum erwirbt: Selbst die **extantes** soll er dem Eigenthümer der Hauptsache, wenn dieser ihn mit der **Rei vindicatio** belangt, in keinem Falle herauszugeben brauchen. Diese Ansicht steht indessen mit den im §. 238. in den Noten 3. u. 4. angeführten Stellen in offenbarem Widerspruch.

Endlich geht

4. eine vierte Meinung, welche vornämlich Backe in seiner oben S. 179 *) angeführten Schrift zu begründen gesucht hat [12]), welche bei mehren andern neueren Schriftstellern [13]) großen Beifall gefunden hat, und auch vor allen übrigen den Vorzug zu verdienen scheint, dahin: Der **Bonae fidei possessor** erwirbt

10) Siehe besonders Archiv **VIII.** S. 341. folg.

11) »Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit illos tantum, quos suis operis acquisierit, veluti serendo. Nam si pomum decerpserit, vel ex silva ceciderit, non fit ejus, sicuti nec cujuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto ejus is fructus nascitur.«

12) Siehe insbesondere **Libri IV. cap. 5. pag. 170. sqq.** vgl. indessen **pag. 17.**

13) So Zimmern, Rhein. Museum. Bd. III. S. 351. folg. Mühlenbruch, Pand. §. 250.

durch die bloße Separation an allen und jeden Früchten wahres, volles Eigenthum. Dieses Eigenthum ist auch gar nicht etwa in dem Sinne revocabel, daß daneben in der Person dessen, welchem die Hauptsache gehört, ein stärkeres Eigenthum bestände, durch dessen Geltendmachung das Eigenthum des **Bonae fidei possessor** ohne Weiteres aufgehoben würde. Nein, der **Bonae fidei possessor** ist voller alleiniger Eigenthümer, daher denn auch von einer Usucapion der Früchte durch ihn gar nicht die Rede sein kann. Aber der Vortheil, welchen der Fruchterwerb dem **Bonae fidei possessor** gewährt, und von dem es in den Quellen heißt, daß er dem **Bonae fidei possessor** zu Theil werde **pro cura et cultura**, ist in dem Fall, da der Eigenthümer der Haupsache sein Recht an dieser gegen den Besitzer geltend macht, mit einer diesem letzteren obliegenden obligatorischen Verpflichtung verbunden, vermöge deren er schuldig ist, neben der Hauptsache auch die gewonnenen Früchte herauszugeben, das an diesen erworbene Eigenthum auf den Kläger zu übertragen, sofern die Früchte noch bei ihm vorhanden, nicht consumirt sind. Hierauf geht es, wenn gelegentlich gesagt wird, der **Bonae fidei possessor** mache die **consumtos fructus** zu den Seinigen: Sie gehören ihm schon vorher, aber die Consumtion hebt die Verpflichtung zur Restitution auf, und verschafft ihm so den vollen unverkümmerten Vortheil des Eigenthumserwerbes.

Ich wende mich nun zu der Savignyschen Ansicht. Nach Savigny's Meinung macht die bloße Sonderung der Früchte den **Bonae fidei possessor** keineswegs zum wirklichen Eigenthümer, sondern sie gewährt ihm daran nur eine selbstständige **Bonae fidei possessio**, welche in ein wirkliches Eigenthum erst durch Usucapion verwandelt werden kann, nämlich durch eine Usucapion, bei welcher der Zeitverlauf mit dem Augenblicke der Trennung anhebt: es gilt hier von der getrennten Frucht ganz dasselbe, was im Fall der Trennung, von jedem andern Theile eines aus ungleichartigen Bestandtheilen zusammengesetzten Ganzen gilt. Wenn man also dem **Bonae fidei possessor** schon vor vollendeter Usucapion ein Eigenthumsrecht an den gesonderten Früchten beilegen will, so kann dieses nur jenes fingirte, prä-

torische Eigenthumsrecht sein, welches überhaupt, auch in andern Fällen, dem in der Usucapion erst Begriffenen zugeschrieben wird. Es reducirt sich daher der Eigenthumserwerb an den Früchten bei dem **Bonae fidei possessor** auf die Grundsätze der Usucapion. Allerdings, sagt Savigny, kommt bei dem **Bonae fidei possessor** in Hinsicht der Früchte etwas Besonderes vor; das ist dasjenige, was in unseren Quellen über die Consumtion der Früchte gesagt wird. Aber dies bezieht sich keinesweges auf den Eigenthumserwerb, sondern es betrifft nur die Frage, ob der Eigenthümer der Hauptsache, wegen der consumirten Früchte Entschädigung verlangen kann. Das kann er nicht. Der **Bonae fidei possessor** ist also im Verhältniß zu dem Eigenthümer der Hauptsache hinsichtlich der consumirten Früchte eben so gut daran, wie wenn er Eigenthümer derselben geworden wäre. Nur hierauf geht es, wenn von dem **Bonae fidei possessor** gesagt wird, »**fructus consumtos suos facit.**«

Es ist nicht zu leugnen, daß diese Ansicht sich durch ihre Einfachheit, und ihre Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen vom Eigenthumserwerbe sehr empfiehlt. Dennoch aber kann ich sie nicht für richtig halten; denn die Stellen, welche bei der Darstellung der herrschenden Ansicht angeführt worden sind, gestatten keinen Zweifel daran, daß der **Bonae fidei possessor** durch die Separation unmittelbar wirklicher Eigenthümer werde.

Uebrigens führt das hier Vorgetragene uns auf eine Frage zurück, die schon im §. 238. aufgeworfen, dort aber nicht vollständig erledigt worden ist, nämlich auf die Frage: Steht dem Eigenthümer der Hauptsache hinsichtlich der vom **Bonae fidei possessor** gewonnenen Früchte eine besondere Klage, vornämlich eine besondere Vindication zu? Nach der Savignyschen Ansicht muß man sagen: So lange die Früchte weder im eigentlichen Sinne verzehrt, noch auch usucapirt sind, kann der Eigenthümer der Hauptsache sie allerdings besonders vindiciren. Dagegen muß man ihm hinsichtlich der consumirten Früchte das Recht einer besondern Vindication, und überhaupt einer besondern Klage, nach der herrschenden Ansicht, entschieden absprechen.

Und eben dieses muß zu Folge der Backischen Ansicht auch von den bei dem **Bonae fidei possessor** noch vorhandenen Früchten behauptet werden: Sie gehören dem Eigenthümer der Hauptsache nicht, und sonach kann er sie nicht vindiciren; die obligatorische Verpflichtung des **Bonae fidei possessor** zur Restitution derselben aber ist eine solche, die nur bei der Gelegenheit geltend gemacht werden kann, da der Eigenthümer der Hauptsache diese selbst vindicirt [14]).

§. 283.

bb. Von Seiten des Emphyteuta, des Fructuarius und des Pächters.

Alle hier zu erwähnenden Fälle kommen darin überein:

1. Das Eigenthum an den Früchten wird durch das Medium des Besitzes erworben.

2. Es ist dieses Eigenthum gleich von Anfang wahres irrevocables Eigenthum: dies ist außer allem Streit.

Im Einzelnen ist über die hierher gehörigen Fälle Folgendes zu bemerken:

1. Der **Emphyteuta** hat den juristischen Besitz der Hauptsache. Daher genügt, um ihm einen selbstständigen Besitz an den Früchten zu verschaffen, schon die bloße Sonderung; mit dieser wird er daher auch Eigenthümer der Frucht [1]).

2. Der Usufructuar erwirbt, der Regel nach, an den Früchten erst durch Perception Besitz — und so ist diese denn auch zum Eigenthumserwerbe erforderlich [2]). Nur bei den Jungen der Thiere ist schon die bloße Trennung genügend [3]).

Ich habe von dem Usufructuar gesprochen; aber was von diesem gilt, das muß analoger Weise auch von dem Usuarius gelten, inwieweit, ausnahmsweise, auch dieser ein Recht auf die Fruchtbenutzung hat.

14) Backe a. a. O. pag. 182. sq.

1) L. 25. §. 1. in f. D. d. usuris etc. XXII, 1.

2) §. 36. I. d. rer. div. II, 1. L. 13. D. quib. mod. ususfr. amittitur. VII, 4. cit. L. 25. §. 1. D. d. usuris in den Worten »Praeterea cum ad fructuarium« u. s. w.

3) §. 37. I. d. rer. div. L. 28. pr. D. d. usur. (s. §. 282. Not. 6.)

3. Bei dem Pächter verhält es sich mit dem Besitz und mit dem Eigenthumserwerbe, wie bei dem Usufructuar [4]). Auch das, was ich von den Jungen der Thiere sagte, muß hier analoge Anwendung finden. — Wie nun aber der Pächter durch Perception Eigenthümer der Früchte wird, so auch jeder Andere, der gleich ihm, in Gemäßheit eines obligatorischen Verhältnisses, in welchem er zu dem Eigenthümer der Hauptsache steht, auf die Perception von Früchten Anspruch machen kann [5]).

Nun aber bleibt noch die Frage übrig: Wie haben wir überhaupt den Fruchterwerb in allen diesen Fällen anzusehen? Früher nahm man an, es sei dieser Erwerb ganz eigenthümlicher Art. Savigny indessen hat gezeigt, daß er auf die Grundsätze von der Tradition zurückzuführen sei [6]), und dieser Ansicht sind bereits mehre andere angesehene Rechtsgelehrte beigetreten. Nämlich die Sache verhält sich so: So lange die Früchte mit der Hauptsache zusammenhängen, sind sie als Theile von dieser, in dem Eigenthume desjenigen, welchem die Hauptsache gehört. Werden die Früchte getrennt, so wird dadurch, an und für sich, weiter nichts geändert, als daß sie nun selbstständige Objecte des Eigenthums werden; in dem Subjecte des Eigenthums geht keine Veränderung vor sich: der Eigenthümer der Hauptsache ist auch Eigenthümer der gesonderten Früchte (S. §. 269.). Denken wir uns nun aber, der Besitz dieser Früchte gelangt, es sei nach bereits erfolgter Sonderung, oder im Augenblicke der Sonderung selbst, mit des Eigenthümers Willen, an irgend einen Andern, denken wir uns ferner, es ist damit zugleich die Absicht verbun-

4) cit. §. 36. in f. I. d. rer. div. L. 61. (63.) §. 8. D. d. furtis. XLVII, 2.: »..... etenim fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse, et ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere .....«

5) L. 6. D. d. donationibus. XXXIX, 5.: »Qui saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa, statim cum lapis exemtus est, meus fit, neque prohibendo me evehere efficit, ut meus esse desinat, quia quodammodo traditione meus factus est. ..... Sed et si is, qui a me emerat sive mercede conduxerat, ut paterer, eum sibi jure eximere, si ante, quam eximat, me poenituerit, meus lapis durat; si postea, ipsius factum avocare non possum: quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate. Quod in saxo est, idem erit etiam si in arbore caesa vel dempta acciderit.«

6) Savigny, Recht des Besitzes. §. 22a. S. 313. folg.

den, auf der einen Seite den Besitzer zum Eigenthümer zu machen, auf der andern, nämlich von Seiten des Besitzers selber, Eigenthum zu erwerben. Unter diesen Voraussetzungen kann es keinem Zweifel unterworfen sein, daß nach Grundsätzen der Tradition das Eigenthum dem Besitzer wirklich und in der That erworben werde. Dieses Verhältniß ist nun aber eben dasjenige, in welchem der Eigenthümer einer Sache zu dem **Emphyteuta**, dem Usufructuar, oder dem Pächter steht. Derjenige, welcher dem Andern eine Emphyteuse constituirt, oder ihm den Ususfructus einräumt, oder die Sache verpachtet: der beabsichtigt es, daß die Früchte der Sache in den Besitz, und zugleich in das Eigenthum übergehen sollen des **Emphyteuta**, des Usufructuars, des Pächters — und dieser hat ebenfalls die Absicht Eigenthümer der Früchte zu werden. Sonach kommt es also nur darauf an, daß er den ihm von dem Eigenthümer gestatteten Besitz wirklich erwerbe.

Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich nicht nur aus der Natur der Sache; sondern sie wird auch auf das Vollkommenste bestätiget durch die in den Noten 4. u. 5. angeführten Stellen.

§. 284.

IV. Verlust des Eigenthums.

Der bisherige Eigenthümer einer Sache hört auf Eigenthümer zu sein, sobald ein Anderer, seiner Seits, Eigenthümer wird. Dies beruht auf dem Grundsatz: »**Duorum in solidum dominium esse non potest.**« Mehre können nicht zugleich Eigenthümer sein einer und derselben Sache. Das eben Gesagte leidet indessen eine Modification in dem Falle, da der Feind uns bewegliche Sachen wegnimmt: der Feind betrachtet sich als Eigenthümer gleich im Augenblicke der Besitzergreifung; wir aber achten unser Eigenthum nicht eher für aufgehoben, als bis der Feind die genommenen Sachen in Sicherheit gebracht hat. S. §. 245.

Die eben bezeichnete Art des Eigenthumsverlustes ist nun aber nicht die einzige. Wir können auch aufhören Eigenthümer zu sein, ohne daß ein Anderer Eigenthümer wird.

Dabei ist denn wieder zweierlei möglich: Es kann sein, der Grund liegt in unserm Willen, und zwar dergestalt, daß dieser dabei etwas ganz Wesentliches ist. Der Grund kann aber auch enthalten sein in einem Vorgange, welcher sich ohne und gegen unsern Willen ereignet, oder wenigstens ereignen kann.

Nur mit unserm Willen hören wir auf, Eigenthümer einer Sache zu sein, wenn wir sie derelinquiren, d. h., wie ich bereits im §. 245. bemerkt habe, wenn wir den Besitz derselben und mit diesem zugleich den Willen aufgeben, fernerhin Eigenthümer zu sein [1]). Ganz wesentlich ist dem Begriffe der Dereliction das Absichtliche. Verlorne Sachen sind keine derelinquirte Sachen [2]). Und ferner: es darf auch die Absicht des Aufgebens nicht etwa bloß auf den Besitz beschränkt sein: Wer daher, im Augenblick der Gefahr, seine Sachen aus einem Schiffe wirft, um dieses zu erleichtern und dadurch vor dem Versinken zu schützen, der derelinquirt nicht [3]). Außerdem ist über den Verlust des Eigenthums durch Dereliction, noch Folgendes zu merken:

1. Es ist unthunlich, daß der Eigenthümer eines Ganzen sein Eigenthumsrecht an einem ideellen Theile des Ganzen durch Dereliction aufgebe, an dem Rest aber fortsetze [4]).

2. Nach Justinianischem Rechte hört das Eigenthum auf, gleich im Augenblick der Dereliction, gleichviel ob die Sache von einem Andern occupirt wird oder nicht; unter den classischen Juristen gab es darüber verschiedene Meinungen [5]).

Dagegen kommt unser Wollen nicht in Betracht, in folgenden Fällen:

1. wenn ein wildes Thier, welches uns gehört, sich unserm Besitz entzieht: hier verlieren wir, mit dem Besitze, zugleich das Eigenthumsrecht; das Thier wird wieder zu einer **Res nullius** [6]).

1) §. 47. I. d. rer. div. II, 1.
2) §. 48. in f. I. eod.
3) cit. §. 48. I. eod. L. 9. §. ult. D. h. t. (XLI, 1.) L. 2. §. ult. D. d. lege Rhodia de jactu. XIV, 2.
4) L. 3. D. pro derelicto. XLI, 7.
5) L. 1. L. 2. §. 1. D. eod.
6) §. §. 12. et 14—16. I. d. rer. div. L. 3. §. ult. L. 4. L. 5. pr. et §. §. 4—6. D. h. t. Vgl. §. 245.

2. wenn eine uns gehörige Sache dem Verkehr ganz und gar entzogen wird.

3. wenn der Gegenstand unseres Eigenthums physisch vernichtet wird.

Außer diesem, was hier über den Verlust des Eigenthums an sich gesagt worden, erinnere ich nun noch daran, daß Eigenthum, welches wir im Kriege an den Feind verloren haben, möglicher Weise, mittelst des Jus postliminii wieder aufleben kann. Es ist davon in dem §. 245. die Rede gewesen.

V. S. g. prätorisches Eigenthum.

† DIG. VI, 2. De Publiciana in rem actione.

§. 285.

A. Einleitung.

Die Lehre von dem prätorischen Eigenthume fällt insofern zusammen mit der Lehre von der **Publiciana in rem actio**, als eben diese Klage diejenige ist, mit welcher das prätorische Eigenthum geltend gemacht wird. Daß die **Publiciana in rem actio** auch zum Schutz anderer Verhältnisse gebraucht wird, werden wir in der Folge sehen; hier jedoch interessirt sie uns nur in ihrer Beziehung auf das Eigenthum.

Worin besteht nun aber die eigentliche Bedeutung derselben [1])? Wir werden die Klage so zu beschreiben haben: Sie wird demjenigen gegeben, der durch Tradition in die Lage gekommen ist, eine Sache zu usucapiren, hinterdrein aber, noch vor vollendeter Usucapion, aufgehört hat, zu besitzen: und zwar besteht der Zweck der Klage darin, dem Kläger die Sache wieder zu verschaffen. Dieser Zweck aber wird durch eine Fiction erreicht, der zu Folge der Kläger angesehen wird, gleich als ob er die Usucapion bereits vollendet hätte, während er in der That doch erst darin begriffen ist.

Auf diese Weise wird in den Note 1. angeführten Stellen unsere Klage beschrieben. Die Beschreibung ist jedoch, auch

1) Hierüber geben im Allgemeinen Aufschluß **Gaj. IV. §. 36. §. 4. I. d. actionib. IV, 6.**

wenn wir, nach dem Zwecke dieses Paragraphen, nur bei dem Allgemeinen stehen bleiben, nicht genügend, wie schon die bloße Ansicht der die Klage betreffenden Stelle des prätorischen Edictes ergibt. Diese ist enthalten in der **L. 1. pr. D. h. t.** [2]). Der von Vielen mißverstandene Sinn der Stelle ist dieser:

Der Prätor sagt: Wenn einer eine Sache, die ihm **ex justa causa** tradirt wird, in der Folge zu einer Zeit, wo er sie noch nicht usucapirt hat, nicht von dem wirklichen Eigenthümer fordert; so werde ich ein **Judicium** anordnen.

Aus dieser Stelle des Edictes selbst ergibt sich ganz unmittelbar, daß, wenigstens der Regel nach, die **Publiciana actio** gegen den wirklichen wahren Eigenthümer keine Hülfe gewährt. Aus anderen Pandekten-Stellen, die in der Folge wieder angeführt werden, geht nun aber hervor, daß die **Publiciana actio** mit Erfolg auch nicht einmal gegen jeden sonstigen Inhaber der Sache angestellt werden kann. Der allgemeine Grundsatz nämlich ist dieser: Der Kläger kann mit der **Publiciana actio** nur gegen denjenigen etwas ausrichten, der **weniger** Recht hat als er.

Uebrigens ist es von selbst klar, daß gar wohl in Bezug auf eine und dieselbe Sache, und zwar in Bezug auf die Sache im Ganzen gleichzeitig mehre Personen zur Anstellung der **Publiciana actio** berechtigt sein können. **A.** kann sich im Besitze der Sache befunden, und diesen verloren haben. Derselbe Fall kann später bei dem **B.**, und dann wieder bei dem **C.** eingetreten sein. Hier werden **A, B, C** — alle drei das Recht der **Publiciana actio** haben. Insofern kann man denn sagen: Auf das prätorische Eigenthum findet der Grundsatz, daß Mehre nicht zugleich **in solidum** Eigenthümer einer und derselben Sache sein können, keine Anwendung.

2) »Ait Praetor: Si quis id, quod traditur ex justa causa, non a domino et nondum usucaptum petet, judicium dabo.« So lies't der Cod. Flor. Die Worte »non a domino . . . petet« sind so zu verstehen: Wenn er die Sache nicht von dem Eigenthümer fordert, und zu einer Zeit, wo er sie noch nicht usucapirt hat. Das »non a domino« ist nämlich nicht auf das vorhergehende »traditur«, sondern auf das folgende »petet« zu beziehen. Die Vulg. hat unrichtig: »a non domino.«

§. 286.

B. Ausführlichere Darstellung der hinsichtlich der Publiciana in rem actio geltenden Grundsätze.

I. Kläger.

Von selbst versteht es sich, daß der Kläger nicht im Besitze sein darf; denn den Besitz zu erhalten, ihn sich zu verschaffen, das ist es ja eben, worauf der Kläger ausgeht.

Im Uebrigen läßt es sich denken, es klagt Jemand, weil er unmittelbar sich selbst das Recht der Klage beilegt, er klagt also, wie man das auszudrücken pflegt, **ex propria persona**; er kann aber auch klagen bloß als Successor eines Verstorbenen, also **ex persona defuncti.**

Zunächst wollen wir stehen bleiben bei dem Falle, da Einer **ex propria persona** klagen will. Dann kommt es auf folgende Erfordernisse an:

1. Der Kläger muß die Sache, wegen welcher er klagt, früher *besessen haben*. Diese Regel ergibt sich aus dem Begriffe der Klage; der Kläger soll ja **in conditione usucapiendi** gewesen sein: die **Usucapio** aber setzt nothwendig Besitz voraus. Indessen auf die Länge des Besitzes kommt es nicht an; es ist hinreichend, wenn der Kläger auch nur einen Augenblick im Besitz gewesen ist [1]). — Ohne alle Ausnahme ist die Regel, daß der Kläger im Besitz gewesen sein müsse, allerdings nicht. Namentlich findet eine *Ausnahme* Statt in dem Fall, da Jemanden in Gemäßheit eines universellen Fideicommisses eine Erbschaft restituirt ist. Es kann sein, die Restitution ist mittelst einer bloß wörtlichen Erklärung vollzogen; der Fideicommissar hat den Besitz der zur Erbschaftsmasse gehörigen Gegenstände noch nicht ergriffen; dennoch wird er hinsichtlich der Sachen, die zur Zeit der erfolgten Restitution in der Erbschaftsmasse vorhanden waren, die **Publiciana actio** anstellen können [2]).

2. Der Kläger muß zu dem früheren Besitze durch das Medium der *Tradition* gelangt sein; das fordert das Edict aus-

1) **L. 12. §. ult. D. h. t.** Eine andere Ausnahme **L. 11. §. 2.**
2) Siehe **L. 12. §. 1. D. h. t.** **D. eod.**

drücklich. — Allerdings finden wir, daß die Ausleger des Edictes die **Publiciana actio** auch in einigen Fällen einseitiger Besitzergreifung gestatten: so bei der Besitzergreifung auf den Grund eines Legates, oder auf den Grund einer Adjudication, wegen verweigerter **Cautio de damno infecto**, erwirkter **In possessionem missio** [3]). Aber das sind Ausnahmen von der Regel; die Regel erfordert einen auf Tradition gegründeten Besitz.

3. Der frühere Besitz des Klägers muß eine **Justa causa** gehabt haben. Darunter aber ist hier eine solche zu verstehen, die im Allgemeinen für den Eigenthumserwerb geeignet ist [4]). Es ist dies wieder etwas, was mit dem Begriffe der Klage, mit der dabei vorausgesetzten **Conditio usucapiendi**, auf das Genaueste zusammenhängt; das Edict fordert indessen das Vorhandensein einer **Justa causa** überdies ganz ausdrücklich. — Im Einzelnen verdient Folgendes bemerkt zu werden: Der richtigen Ansicht nach erfordert die Usucapion auf den Grund eines Kaufes, daß der Verkäufer wegen des Kaufpretii zufrieden gestellt sei. S. §. 260. Aber für die Begründung der **Publiciana actio** ist dies nicht erforderlich [5]). — Ferner: wenn Jemand eine Sache von einem Wahnsinnigen gekauft hat, den er irriger Weise für einen **Homo sanae mentis** hielt; so kann er auf den Grund dieses Geschäftes usucapiren. Aber ob er auch das Recht der **Publiciana actio** habe, darüber waren die classischen Juristen verschiedener Meinung. Ulpian gestattete, Paulus versagte dem Käufer die Klage [6]). Die meisten Neueren geben indessen der Meinung des Ulpianus den Vorzug.

4. Wie zur Usucapion, so wird auch zur **Publiciana actio bona fides** erfordert [7]). Es genügt indessen auch hier **bona fides** zu Anfange des Besitzes [8]). Dies ist der Grund, weshalb bei demjenigen, der als Erbe eines Verstorbenen zum Be-

3) **L. 1. §. 2. L. 2. L. 7. pr. D. h. t.** (Ueber **L. 2.** sind zu vergleichen Hasse im 2ten Jahrg. d. Rheinisch. Museums. S. 348. folg. u. v. Schröter im 2ten Bde d. Zeitschr. f. Civilr. u. Prozeß. S. 117.) **L. 18. §. 15. D. d. damno infecto etc. XXXIX, 2.**

4) **L. 3. §. 1.** bis **L. 5. L. 13. pr. et §. 1. D. h. t.**

5) **L. 8. D. h. t.**

6) Vgl. **L. 7. §. 2. D. h. t.** (**Ulpianus**) und **L. 2. §. 16. D. pro emtore. XLI, 4.** (**Paulus**).

7) **L. 7. §. §. 11. 15. D. h. t.**

8) **L. 7. §. 14. D. h. t.**

sitze gelangt ist, nur auf die Fides des Verstorbenen gesehen wird [9]). Mit dieser Behauptung, daß es nur auf anfängliche bona fides ankomme, steht nicht im Widerspruch die L. 7. §. ult. D. h. t. [10]). Denn einer richtigen Interpretation zu Folge sagt die Stelle weiter nichts, als dieses: die anfängliche **bona fides** wird da, wo Jemand auf den Grund eines Kaufes zum Besitz gelangt ist, sowohl in Bezug auf die **Publiciana actio**, als in Bezug auf die Usucapion nach zwei Momenten beurtheilt, nach dem Moment des Kaufes und nach dem Moment der Tradition. Ich erinnere hierbei an den §. 258. Eine andere Stelle [11]) erfordert allerdings **bona fides** auch zur Zeit der anzustellenden Klage; das aber bezieht sich auf einen ganz speciellen Fall [12]). In der Regel also genügt anfängliche **bona fides**. Indessen, so ausgemacht dies auch nach Römischem Rechte ist; so fragt es sich nun doch noch, ob dasselbe sich auch nach Canonischem Rechte behaupten lasse. Ich bin mit den meisten Neuern für die Bejahung dieser Frage. Nämlich: bei der Usucapion fordert das Canonische Recht allerdings fortdauernde **bona fides** — aber da gilt es auch für den wahren Eigenthümer den Verlust seines Eigenthums; dieses wird ja durch die Vollendung der Usucapion aufgehoben. Bei der **Publiciana actio** aber ist der wahre Eigenthümer in der Regel nicht gefährdet; die Klage ist ja wirksam nur gegen den schwächer Berechtigten.

5. Da die **Usucapio** hinsichtlich gewisser Sachen wegfällt, so müßte, bei strenger Consequenz, hinsichtlich jener Sachen auch die **Publiciana actio** wegfallen. Aber in diesem Punkte weicht

9) **L. 7. §. 12. D. h. t.**

10) »Julianus . . scripsit: traditionem rei emtae oportere bona fide fieri, ideoque si sciens alienam possessionem apprehendit, Publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non poterit. Nec quisquam putet, hoc nos existimare, sufficere, initio traditionis ignorasse rem alienam, uti quis possit Publiciana experiri, sed oportere et tunc bonae fidei emtorem esse.« Vgl. Basilic. XV, 2, 7. und Müllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. Erlangen, 1820. S. 60. desgl. Backe, Interpretationum juris Romani cap. 2.

11) Nämlich **L. 11. §. 3. D. h. t.**

12) Nämlich auf den Partus ancillae furtivae. Ich verweise deshalb auf Unterholzner's Ausführliche Entwickelung der Verjährungslehre. §. 97.

die Theorie der **Publiciana actio** von den bei der Usucapion geltenden Grundsätzen ab. Der Umstand allein, daß eine Sache nicht usucapirt werden kann, schließt die **Publiciana actio** nicht aus [13]); die Klage fällt nur bei solchen Sachen weg, deren Usucapion verboten ist [14]).

Die bisherige Darstellung bezog sich darauf, was erfordert wird, und was nicht, wenn Jemand die Klage **ex propria persona** soll anstellen können.

Nun aber kann es auch sein, in meiner Person sind die Erfordernisse, worauf es bei der Klage ankommt, nicht vorhanden; aber ich bin Erbe geworden eines Verstorbenen, der bei seinem Leben die Klage hätte anstellen können, aber nicht angestellt hat; da kann ich, wie schon früher angedeutet worden, **ex persona defuncti** klagen [15]).

Zuletzt muß ich noch auf einen ganz besonders wichtigen Punkt aufmerksam machen. Zunächst ist allerdings die **Publiciana actio** zum Besten derer eingeführt worden, welche nicht wahre, wirkliche Eigenthümer sind. Allein sobald nur im Uebrigen die Bedingungen, worauf es bei der Klage ankommt, vorhanden sind, so kann sich ihrer auch der wahre wirkliche Eigenthümer bedienen: dieser hat dann die Wahl, ob er als solcher **mit der Rei vindicatio** auftreten, oder ob er sich als bloß prätorischer Eigenthümer geriren, und in dieser Eigenschaft die **Publiciana actio** anstellen will. Dazu aber, die **Publiciana actio** zu wählen, kann er durch die Schwierigkeit der für die **Rei vindicatio** erforderlichen Beweisführung veranlaßt werden. Wir haben im §. 236. gesehen, daß derjenige, welcher durch Succession Eigenthümer geworden zu sein behauptet, bei der **Rei vindicatio** das Eigenthumsrecht seines Auctors nachweisen muß; hierauf aber kommt es bei der **Publiciana actio** nicht an, es genügt, daß Einem die Sache **ex justa causa** tradirt worden, und daß man dabei **in bona fide** gewesen ist.

13) **L. 12. §. 2. D. h. t.** Was hier von vectigalibus praediis gesagt wird, ist nicht unmittelbar dieses Orts gerade, da es sich nicht auf die Eigenthumsersitzung bezieht; wohl aber, was von aliis praediis, wobei man wohl an Provinzial-Grundstücke denken kann. Vgl. §. 324.

14) **L. 9. §. 5. L. 12. §. 4. D. h. t.**

15) **L. 7. §. 9. D. h. t.**

II. Beklagter.

In der Person des Beklagten wird, auf eine ähnliche Weise, wie bei der **Rei vindicatio**, Innehabung vorausgesetzt.

Außerdem ist nun aber, wenn anders der Kläger den Prozeß soll gewinnen können, auch noch dies erforderlich, daß der Beklagte weniger Recht habe, als er; der Beklagte muß im Verhältniß zum Kläger der schwächer Berechtigte sein. Und dies bedarf noch einer besonderen Ausführung.

Denken wir uns zuerst: die Klage wird angestellt gegen den wahren wirklichen Eigenthümer. Ist nun hier das stärkere Recht des Beklagten gleich Anfangs außer allem Zweifel, so wird der Kläger sofort mit seiner Klage abzuweisen sein. Waltet dagegen irgend ein Zweifel ob, so wird die Klage an sich für statthaft gelten müssen; aber der Beklagte wird sein Eigenthumsrecht mittelst einer **Exceptio** geltend machen, er wird der Klage die **Exceptio justi dominii** entgegensetzen können [16]). Und vermag er diese **Exceptio** zu begründen, so wird in der Regel der Kläger den Prozeß verlieren. Ich sage in der Regel. Denn es ist möglich, daß dem Kläger eine **Replicatio** zu Gebote steht, welche macht, daß der Beklagte, obschon er wahrer wirklicher Eigenthümer ist, im Verhältniß zu ihm, dem Kläger, dennoch als der schwächer Berechtigte erscheint. Von dieser Art ist namentlich die **Replicatio rei venditae et traditae**: dieser kann der Kläger sich in allen den Fällen bedienen, in welchen er, wenn er im Besitz der Sache geblieben wäre, die **Exceptio rei venditae et traditae** gehabt hätte [17]). Ich erinnere hier an den §. 239. Eben so kann möglicher Weise der Kläger die **Exceptio dominii** mittelst einer **Replicatio rei judicatae** entkräften [18]).

So wenn der Beklagte wirklicher Eigenthümer ist. Jetzt wollen wir zweitens annehmen, er ist nicht wirklicher Eigenthümer.

Ist er dann ein Solcher, der, Falls er den Besitz verlöre, seiner Seits nicht einmal die **Publician actio** würde anstellen

16) **L. 16. L. 17. D. h. t.**
17) **L. 4. §. 32. D. d. doli exceptione. XLIV, 4.**
18) **L. 24. D. d. exc. rei judic. XLIV, 2.**

können, ist er z. B. ohne jede **justa causa**, oder **mala fide** zum Besitze gelangt, so ist es klar, daß er der schwächer Berechtigte ist; der Kläger wird also über ihn den Sieg davon tragen.

Wie nun aber, wenn der Beklagte in der Lage ist, daß er, wenn er nicht besäße, selbst die **Publiciana actio** anstellen könnte? Hier wird der Kläger in der Regel verlieren, denn in der Regel wird hier von dem Beklagten nicht gesagt werden können, daß er der schwächer Berechtigte sei — und nur wenn dieses sich behaupten läßt, kann der Kläger gewinnen.

Indessen kann allerdings das Zeitverhältniß, welches hinsichtlich der Begründung des prätorischen Eigenthums obwaltet, das Recht des Beklagten zu einem schwächeren machen. Die Römischen Juristen waren jedoch darüber, inwieweit das Zeitverhältniß in Betracht komme, nicht einerlei Meinung. Neratius, einer der älteren classischen Juristen, glaubte, daß jederzeit derjenige, welchem die Sache früher tradirt worden, der stärker Berechtigte sei [19]). Dagegen waren Julianus und Ulpianus, die zu den jüngeren classischen Juristen gehören, der Meinung, das Zeitverhältniß entscheide nur dann, wenn Kläger und Beklagter ihr Recht von einem und demselben Auctor ableiteten; nicht aber wenn der Eine die Sache von Diesem, der Andere von Jenem erhalten habe [20]). An diese letztere Ansicht haben wir uns zu halten. Sie ist nicht nur die neuere, sondern sie wird überdies unterstützt dadurch, daß Paulus in einer anderen Stelle [21]) einen verwandten Fall aus demselben Gesichtspunkte beurtheilt. Nämlich: denken wir uns, es seien ihrer zwei vorhanden, denen ein Pfandrecht constituirt ist, aber nicht vom wahren wirklichen Eigenthümer. Der Eine von ihnen ist im Besitz des Pfandes, und gegen diesen stellt der Andere die **Hypothecaria actio** an. Ist da nun der Constituent derselbe, so hat das früher bestellte Pfandrecht vor dem später bestellten den Vorzug; sind die Pfandrechte aber von verschiedenen Personen constituirt,

19) L. 31. §. 2. D. d. A. E. V. XIX, 1. (Neratius).

20) L. 9. §. 4 D. h. t. (Ulpianus).

21) L. 14. D. qui potiores in pignore etc. XX, 4. (Paulus).

so ist an und für sich keines stärker, als das andere, und es muß daher für den Beklagten gesprochen werden.

III. Wirkung.

Trägt der Kläger den Sieg davon, so muß der Beklagte zu denselben Leistungen verurtheilt werden, welche dem Beklagten bei der Rei vindicatio obliegen [22]).

22) L. 7. §. 8. D. h. t.

Zweites Buch.

Sachenrecht.

Drittes Kapitel.

Von den Servituten.

I. Rechtliche Natur der Servituten. (§. §. 287—305.)

A. Von Servituten überhaupt. (§. §. 287—291.)

§. 287.

a. Begriff.

Unter einer Servitus, unter einer Dienstbarkeit, versteht man ein dingliches Recht an einer fremden Sache, welches, bei übrigens unverändert fortbestehendem Rechte des Eigenthümers, demjenigen, welchem es zukommt, die Befugniß gibt, entweder die Sache auf eine gewisse Weise zu behandeln, oder jedem, und sonach auch dem Eigenthümer selbst, eine gewisse Behandlung der Sache zu untersagen.

Ich will nunmehr den hier gegebenen Begriff in einer Reihe einzelner Bemerkungen weiter ausführen, und näher bestimmen.

1. Die Servituten sind dingliche Rechte, also Rechte, die auf irgend einen körperlichen Gegenstand eine unmittelbare Beziehung haben, und daher gegen Jeden geltend gemacht werden können. Hierin zeigt sich unter andern der Unterschied zwischen

dem Usufructuar und dem Pächter: Beide haben Anspruch auf die Fruchtbenutzung einer Sache, aber der Fructuar kann sein Recht, da es ein dingliches ist, gegen einen Jeden geltend machen, der Pächter dagegen, dessen Recht ein bloß obligatorisches ist, kann dasselbe nur gegen den Verpächter geltend machen.

2. Eine Servitut ist immer ein **Jus in re aliena**; an seiner eigenen Sache kann Niemand eine Servitut haben [1]).

3. Ihrem Begriffe nach ist jede Servitut eine Beschränkung fremden Eigenthums. Darauf beruht namentlich der Grundsatz »**servitus servitutis esse non potest** [2])." Nur der Usus-fructus kommt vor in der Gestalt einer Beschränkung anderer Rechte, als des Eigenthums. Da ist er denn aber auch kein wahrer, rechter Usufructus. Uebrigens haben wir uns nun aber unter einer Servitut immer eine solche Beschränkung des Eigenthums zu denken, wobei dieses unverändert fortbestehen kann d. h., eine Beschränkung, welche geltend gemacht und ausgeübt werden kann, ohne daß darum das Eigenthum weder überhaupt, noch auch nur in der Person des gegenwärtigen Eigenthümers aufgehoben würde. Hierin hat es seinen Grund, daß es an Sachen, welche keinen andern Gebrauch, als den Verbrauch zulassen, keinen eigentlichen Usufructus geben kann, sondern nur einen **Quasi-ususfructus.**

4. Was den Inhalt der Servitut betrifft, so ist vor Allem zu bemerken: Es eignen sich dazu nur solche Befugnisse, welche dem Berechtigten Vortheil gewähren können [3]). Ferner ist es Regel, daß nur Befugnisse, die im Begriff des Eigenthums enthalten sind, den Inhalt einer Servitut ausmachen können: bald ist es irgend eine einzelne zu dem positiven Bestandtheile des Eigenthums gehörige Befugniß, welche dem Inhaber der Servitut zusteht; bald ist es eine solche, die zu dem negativen Bestandtheil des Eigenthums gehört.

1) **L. 5. pr. D. si ususfr. petatur etc. VII, 6. L. 26. D. d. S. P. U. VIII, 2.: ». . . . . nulli . . res sua servit . . . . . .«**

2) **L. 1. D. d. usu et usufr. et reditu etc. XXXIII, 2.: »Nec usus, nec ususfructus itineris, actus, viae, aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest . . . . . .«**

3) **L. 15. pr. D. d. servitutib. VIII, 1. »Quoties nec hominum, nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valent.«**

Im ersten Fall ist der Inhaber der Servitut berechtigt die Sache eines Andern auf eine gewisse Weise zu behandeln, ohne daß weder irgend ein Dritter, noch auch der Eigenthümer selbst ihn an dieser Art der Behandlung zu hindern befugt ist; der Eigenthümmer muß es dulden, daß der Inhaber der Servitut in Hinsicht seiner Sache dieses oder jenes vornimmt; man sagt daher in einem solchen Falle, die Servitut sei eine »**Servitus in patiendo constituta.**« So z. B. bei der **Servitus pascendi.** — Bei Servituten dieser Art gilt folgende Regel: der Inhaber der Servitut ist nicht nur zu derjenigen Art der Behandlung befugt, welche den eigentlichen und unmittelbaren Inhalt seines Rechtes ausmacht, sondern auch zu allem demjenigen, was als nothwendiges Mittel zur Ausübung seines Rechtes erscheint [4]).

In dem zweiten Falle, — da die Servitut sich auf Befugnisse bezieht, die zu dem negativen Bestandtheile des Eigenthums gehören, — hat der Inhaber der Servitut das Recht eine gewisse Behandlung der Sache Jedem, und sonach auch dem Eigenthümer zu verwehren; der Eigenthümer muß diese Art der Behandlung unterlassen; und daher pflegt man in einem solchen Falle zu sagen, die Servitut sei eine »**Servitus in non faciendo constituta.**« So z. B. bei der **Servitus altius non tollendi.**

Eine Servitut, vermöge deren der Eigenthümer positiv etwas thun müßte — also eine **Servitus in faciendo constituta** — kann es nach allgemeinen Grundsätzen nicht geben. Denn, wie ich gleich Anfangs sagte, eine Servitut besteht jederzeit in einem gewissen Antheil an denjenigen Befugnissen, deren Complexus den Begriff des Eigenthums ausmacht. Das aber liegt gar nicht in dem Begriffe des Eigenthums, von irgend einem Andern ein positives Handeln zu fordern, mithin kann etwas dieser Art auch nicht den Inhalt einer Servitut ausmachen. Eine positive Thätigkeit kann der Inhaber einer Servitut, der Regel nach, we-

4) Beispiele enthalten **L. 20. §. 1. D. d. S. P. U. VIII, 2. L. 3. §. 3. D. d. S. P. R. VIII, 3. L. 11. D. communia praedior. etc. VIII, 4. L. 3. §. ult. D. d. itinere actuque privato. XLIII, 19.**

der von irgend einem Dritten, noch auch von dem Eigenthümer selbst fordern [5]).

Hierin hat es seinen Grund, daß der Eigenthümer der Sache bei solchen Servituten, welche zu ihrer Ausübung eine gewisse Anstalt erfordern, nicht verbunden ist, diese Anstalt zu beschaffen, oder, inwiefern sie etwa bereits vorhanden ist, sie in dem gehörigen Zustande zu erhalten. Sondern der Inhaber der Servitut kann nur verlangen, daß ihm gestattet werde, selbst die erforderlichen Veranstaltungen zu treffen [6]). Der Eigenthümer kann freilich bei Errichtung einer Servitut sich vertragsmäßig verpflichten, Anlagen zu machen und zu erhalten; aber eine solche Verbindlichkeit hat keinen dinglichen Charakter. — Von dieser Regel kommt nur Eine Ausnahme vor, in der aber auch etwas ganz Singuläres liegt — nämlich bei der **Servitus oneris ferendi.** Ich verweise deshalb in Voraus auf den §. 300.

5. Der Eigenthümer darf mit der Sache keine Veränderung vornehmen, welche dem Rechte desjenigen, dem die Servitut zusteht, Eintrag thun würde [7]). Auch neue Servituten darf er nur insoweit constituiren, als sie der schon bestehenden nicht zum Nachtheil gereichen [8]). Durch Veräußerung des Eigenthums selbst können die auf der Sache haftenden Servituten nie gefährdet werden: der Inhaber der Servitut hat gegen jeden Successor des gegenwärtigen Eigenthümers dieselben Rechte, wie gegen diesen. Daher darf der Eigenthümer sein Eigenthumsrecht nach Willkühr auf einen Andern übertragen [9]). Eben so steht es ihm frei, die

5) **L. 15. §. 1. D. d. servitutib. VIII, 1.: »Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis . . . . . sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.«**

6) **L. 6. §. 2. D. si servitus vindicetur etc. VIII, 5.** in den Worten **»Et Gallus putat . . . . . cujus res serviat.«**

7) **L. 17. pr. et §. 1. L. 20. §. ult. D. d. S. P. U. VIII, 2. L. 5. C. d. servitutib. et aqua. III, 34.**

8) **L. 15. §. 7. in f. L. 16. D. d. usufructu. VII, 1. L. 14. D. d. S. P. R. VIII, 3. L. 15. D. communia praedior. VIII, 4. L. 8. D. d. aqua et aquae pluviae arcend. XXXIX, 3.**

9) **L. 20. §. 1. D. d. A. R. D. XLI, 1. »Quoties autem dominium transfertur, ad eum, qui accipit, tale transfertur, quale fuit apud eum, qui tradit, si servus fuit fundus, cum servitutibus transit; si liber, uti fuit; et si forte servitutes debebantur fundo, qui traditus est, cum jure servitutum debitarum transfertur.«** Vgl. §. 277. Note 4.

Sache zu verpfänden; denn daraus kann doch am Ende weiter nichts entstehen, als daß ein Anderer Eigenthümer wird [10]).

6. An und für sich paßt die vorhin gegebene Definition der Servitut auch auf die **Emphyteusis** und auf die **Superficies**. Diese werden jedoch in unseren Quellen nicht zu den Servituten gerechnet [11]). Daß es aber so ist, das scheint einen doppelten Grund zu haben: einmal sind diese Rechte von späterer Entstehung; die Theorie derselben ist ausgebildet worden zu einer Zeit, wo, wenn ich mich so ausdrücken darf, das Verzeichniß der Servituten bereits geschlossen war. Sodann kommen sie dem Begriffe des Eigenthums so nahe, daß sie denselben beinahe erschöpfen — so daß sie sich durch ihren großen Umfang von allem, was unter dem Namen Servitut vorkommt, wesentlich unterscheiden; wie wir noch in der Folge sehen werden.

§. 288.

b. Eintheilungen.

1. Auf den Inhalt der Servituten bezieht sich die Eintheilung derselben in **Servitutes affirmativae** und in **Servitutes negativae**. Die Ausdrücke sind den Römern fremd.

2. Eine zweite minder wichtige Eintheilung, welche sich ebenfalls auf den Inhalt der Servituten bezieht, ist die Eintheilung in **Servitutes continuae** und in **Servitutes discontinuae**, wie die Neuern sich ausdrücken. Gewöhnlich versteht man unter **Servitutes continuae** solche, welche ihrer factischen Natur nach eine ununterbrochene Ausübung gewähren, wie z. B. die **Servitus oneris ferendi**, die **Servitus altius non tollendi** u. s. w.; wogegen denn **Servitutes discontinuae** diejenigen sind, welche ihrer factischen Beschaffenheit nach, keine unausgesetzte, jeden einzelnen Moment erfüllende Ausübung zulassen, wie z. B. die Wegegerechtigkeiten [1]).

10) **L. 2. C. d. usufructu etc. III, 33.**

11) In der **L. 86. §. ult. D. d. legat. I.** kommt allerdings der Ausdruck »Servitus« in Beziehung auf die Superficies vor; offenbar aber ist er da nicht in seiner technischen Bedeutung genommen.

1) So bestimmen den Unterschied **Hellfeld, Jurisprudent. forens. §. 629. Höpfner, Commentar. §. 350. Not. 5. Schweppe, Röm. Privatr. §. 290. Weniug-Ingenheim, gem. Civilr. Buch II.**

3. Eine dritte Eintheilung, die von besonderer Wichtigkeit ist, bezieht sich auf die Subjecte der Servituten.

Es kann irgend eine individuell bestimmte Person, als solche, das Subject sein einer Servitut. Dergleichen Servituten nennen die Römer: **Personarum servitutes; personales servitutes; servitutes in personam constitutae; hominum servitutes.** Wir sagen: Personal-Servituten; persönliche Servituten.

Nun kann es aber auch sein, daß der jedesmalige Eigenthümer eines gewissen Grundstücks, als solcher, das Subject der Servitut ist. Servituten dieser Art nennen die Römer: **Rerum servitutes; servitutes in rem constitutae; praediorum servitutes; jura praediorum; servitutes** schlechthin im engeren, eminenten Sinne des Worts. Die Neueren sagen: Prädial-Servituten, Real-Servituten, dingliche Servituten.

4. Eine vierte Eintheilung ist die in Servituten, welche nach aller Strenge des **Jus civile** als vollgültig zu betrachten sind, und in solche, die nur nach Gesetzen des **Jus honorarium** als begründet angesehen werden. Bei jenen ist der Inhaber der Servitut zur Anstellung der directen **Confessoria actio** berechtigt; bei diesen kommt ihm der Prätor mittelst einer **Utilis confessoria actio**, oder mittelst der **Publiciana actio** zu Hülfe. Die technischen Benennungen sind: **Servitutes jure constitutae, servitutes ipso jure constitutae; servitutes praetorio jure constitutae, servitutes tuitione Praetoris constitutae.**

Dieser Unterschied, wie er schon im älteren Rechte vorkommt, findet sich auch noch im Justinianischen Rechte: nur daß eine Servitut im Justinianischen Rechte häufig selbst nach aller Strenge des Civilrechts gilt, welche nach älterem Civilrechte für begründet nicht geachtet werden konnte. So kann nach Justinianischem Rechte eine vollgültige Servitut auch an Provinzialgrund-

§. 66. Anders aber bezeichnet den Unterschied Thibaut, Pandektenr. §. 750. Er versteht unter einer Servitus continua eine solche, welche auszuüben Jemand in jedem Augenblicke das Recht hat, während er eine Servitus discontinua diejenige nennt, welche man nur von Zeit zu Zeit auszuüben berechtigt ist.

stücken bestellt werden, und ohne alle Feierlichkeit; während dies nach älterem Civilrechte nicht anging.

§. 289.

c. Untheilbarkeit.

I. In besonderer Beziehung auf Prädial-Servituten.

1. Nur auf einem Ganzen kann eine Prädial-Servitut lasten, nicht auf einem einzelnen Theile. Soll sie auf einem Theile eines Ganzen lasten, so muß dieser Theil zuvor abgesondert und zu einem Ganzen gemacht sein [1]).

2. Immer ist es das herrschende Grundstück im Ganzen, dem die Servitut zusteht [2]).

3. Aus dem Gesagten ergibt sich: Wenn eine Sache Mehren gemeinschaftlich gehört, so kann daran kein Einzelner eine Prädial-Servitut constituiren, sondern es bedarf der Zustimmung sämmtlicher Miteigenthümer [3]). Und eben so müssen, wenn das Grundstück, mit dem das Recht der Servitut verbunden werden soll, Gegenstand des Miteigenthums ist, die Miteigenthümer bei dem Erwerbe insgesammt concurriren [4]).

4. Wo einmal eine Prädial-Servitut vorhanden ist, da kann sie theilweise nicht aufgehoben werden. Man könnte allerdings sagen, bei einem Ereigniß, welches an sich Aufhebung zur Folge hat, geht, wenn dasselbe auch nur eine partielle Beziehung auf die Servitut hat, diese dennoch ganz verloren. Aber man kann auch sagen, es geht von der Servitut nichts verloren. Diese letztere Ansicht finden wir in den Quellen, wo sie so ausgedrückt zu werden pflegt: »**Servitus per partes retineri potest**«; das heißt aber: sind die Umstände von der Art, daß man an sich genommen sagen müßte, zum Theil ist die Servitut aufgehoben, zum Theil aber besteht sie noch — so ist sie ihrem ganzen Um-

1) L. 6. §. 1. D. communia praedior. etc. VIII, 4.: ». . . . . per partes servitus *imponi* non potest, sed nec *acquiri* . . . . . .«

2) cit. L. 6. §. 1. D. communia praedior. etc. L. 11. D. d. servitut. VIII, 1. L. 23. §. ult. D. d. S. P. R. VIII, 3.

3) L. 2. D. d. servitut.

4) L. 19. D. d. S. P. R. VIII, 3. L. 5. in f. D. communia praedior. etc. VIII, 4.

fange nach als fortbestehend anzusehen [5]). Wenn also Mehren die Servitut zusteht, so ist einseitiger Erlaß von Seiten eines Einzelnen ohne Wirkung [6]). Eben so unwirksam ist bei Prädial-Servituten partieller Nichtgebrauch [7]), desgleichen partielle Consusio [8]).

5. Wenn Jemand sich verpflichtet hat, mir eine Prädial-Servitut zu verschaffen, so läßt auch diese **Obligatio** keine Theilung zu. Gesetzt daher, der Verpflichtete stirbt mit Hinterlassung mehrer Erben, so würde ich irgend einen Einzelnen unter diesen auf die volle Erfüllung der dem Verstorbenen obgelegenen Verpflichtung belangen können — und eben so würde unter meinen Erben jeder einzelne auf vollständige Leistung des Versprochenen klagen können [9]).

6. Wir haben im §. 287. gesehen, man kann keine Servitut haben an seiner eigenen Sache. Bringen wir nun damit in Verbindung den Grundsatz von der Untheilbarkeit der Prädial-Servituten, so ergibt sich für den Fall, da ich ein mir ausschließlich gehöriges Grundstück habe, und außerdem eines, welches mir und einem Andern gemeinschaftlich angehört, folgende Regel: Ich kann für das mir ausschließlich angehörige Grundstück an dem gemeinschaftlichen keine Servitut erwerben; und eben so wenig kann für das gemeinschaftliche Grundstück eine Servitut erworben werden an dem mir ausschließlich angehörigen [10]). Nur bei der **Servitus luminum** und andern ihr ähnlichen scheint von dieser Regel eine Ausnahme einzutreten [11]). (S. §. 302.). —

Unsere Regel betraf den Erwerb. Denken wir uns nun aber, es ist eine Prädial-Servitut bereits vorhanden — und hinterdrein erst wird der Eigenthümer des herrschenden Grund-

5) **L. 34. pr. D. d. S. P. R.: VIII, 3.** »..... servitutes per partes *retineri* placet.....,.«

6) **cit. L. 34. D. d. S. P. R. in fine principii:** »Quamvis enim unusquisque sociorum solus sit, cui servitus debetur, tamen, quoniam non personae, sed praedio debetur, neque acquiri libertas, neque remitti servitus pro parte poterit.«

7) **L. 5. L. 8. §. 1. D. quemadmod. servitutes amittantur. VIII, 6.**

8) **L. 8. §. 1. D. d. servitutib. L. 30. §. 1. D. d. S. P. U. VIII, 2.**

9) **L. 17. D. d. servitutib.**

10) **L. 6. §. 3. init. D. communia praedior. VIII, 4.**

11) Siehe **L. 40. D. d. S. P. U. VIII, 2.** und vgl. Schrader, Civilist. Abhandlung. S. 296.

stücks Miteigenthümer des dienenden, oder umgekehrt — da dauert die einmal schon vorhandene Servitut fort, und zwar nach dem Grundsatze »**Servitus per partes retineri potest** [12]).«

II. In besonderer Beziehung auf Personal-Servituten.

Auch diese sind untheilbar. Nur allein der **Ususfructus** ist theilbar [13]). Daher kann der **Ususfructus** auch an einem einzelnen Theile einer Sache bestellt werden, sowohl an einem ideellen, als an einem reellen Theile [14]). Desgleichen kann der **Ususfructus** theilweise verloren gehen, namentlich durch partiellen Nichtgebrauch [15]).

d. Klagen.

§. 290.

α. Confessoria actio.

DIG. VII, 6. Si usufructus petatur etc. VIII, 5. Si servitus vindicetur etc.

I. Wer kann die Klage anstellen?

1. Der wirkliche Inhaber der Servitut. Also bei einer persönlichen Servitut derjenige, an dessen Person die Servitut gebunden ist, bei einer Prädial-Servitut der Eigenthümer des **Praedium dominans** [1]).

Doch muß ich bemerken: Soll der Inhaber der Servitut die Klage direct anstellen können, so muß die Servitut eine **Servitus jure constituta** sein. Dies ist nicht der Fall, wenn die Servitut durch Verjährung erworben ist; desgleichen wenn sie constituirt ist nicht von dem Eigenthümer der Sache, sondern von demjenigen, der an der Sache nur ein emphyteutisches Recht, oder das Recht eines Superficiars hat; daher hat in diesem Falle

12) Siehe die Stellen in Not. 8. und **L. 27. D. d. S. P. R. VIII, 3.** in den Worten »At si proprio.«

13. **L. 19. D. d. usu et habitatione. VII, 8.** »Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus.«

14) **L. 5. D. d. usufructu. VII, 1.**

15) **L. 14. L. 25. D. quib. mod. ususfr. etc. VII, 4.**

1) **L. 5. pr. D. si ususfr. petatur etc. L. 2. §. 1. D. si servitus vindicetur etc.**

der Inhaber der Servitut nur eine **Utilis confessoria actio** [2]). Von praktischer Bedeutung ist dieser Unterschied nicht.

2. Auch derjenige kann **utiliter** die Klage anstellen, der, ohne wirklicher Inhaber der Servitut zu sein, als **Emphyteuta**, oder **Superficiarius**, oder Pfandgläubiger ein Interesse dabei hat, die Servitut geltend zu machen [3]).

3. Es entsteht die Frage: Wenn Jemand an dem Grundstücke den **Ususfructus** hat — wird er wegen einer mit dem Grundstücke verbundenen Prädialservitut ebenfalls die **Confessoria actio** anstellen können? Die älteren Römischen Juristen waren darüber verschiedener Meinung. Julian glaubte, der Usufructuar sei befugt die Prädialservitut selbst zu verfolgen [4]). Andere dagegen waren der Meinung, der Usufructuar könne die Prädialservitut selbst nicht vindiciren, wohl aber könne er, Falls er an der Ausübung derselben gehindert worden, dies als einen Eingriff in den ihm zuständigen **Ususfructus** betrachten, und sich also dadurch helfen, daß er diesen vindicire [5]). Die meisten unter unsern heutigen Juristen betrachten diese letztere Meinung als die im Justinianischen Rechte geltende [6]).

Uebrigens wer auch immer der Kläger sein mag, das ist gleichgültig, ob er im Besitz ist oder nicht [7]).

II. Gegen wen ist die Klage gerichtet?

Wir können mit der **Confessoria actio** Jeden belangen, der uns an der Ausübung der Servitut hindert, oder auch nur die Besorgniß einer Störung in uns erregt, er sei übrigens, wer er wolle. Die Klage kann also nicht etwa nur gegen den Eigenthümer der belasteten Sache, sondern eben so gut auch gegen jeden Dritten gerichtet werden [8]). Daß sie auch gegen denjenigen verfolgt werden kann, **qui liti se obtulit**, steht gleichfalls fest [9]).

2) **L. 10. pr. D. eod. L. 1. §. ult. D. d. superficieb. XLIII, 18.**

3) **L. 16. D. d. servitutib. VIII, 1. L. 3. §. 3. L. 9. D. d. O. N. N. XXXIX, 1.**

4) **L. un. §. 4. D. d. remissionib. XLIII, 25,** womit zu vergleichen **L. 2. D. d. O. N. N. XXXIX, 1.**

5) **L. 1. pr. L. 5. §. 1. D. si usufr. petatur etc.**

6) Siehe Glück, **IX. S. 85. Not. 26.**

7) **L. 5. §. ult. D. eod. L. 6. §. 1. D. si servitus vindicetur etc.**

8) **cit. L. 5. §. 1. D. si usufr. petatur etc. L. 10. §. 1. D. si servitus vindicetur etc.**

9) **L. 6. D. si usufr. petatur etc.**

III. Zweck der Klage.

Zunächst will der Kläger die Servitut, um derentwillen er klagt, anerkannt wissen [10]). Sodann aber verlangt er, in Folge dieser Anerkennung, daß die etwaige bisherige Störung in der Ausübung der Servitut aufgehoben, und der Beklagte angewiesen werde, sich jeder künftigen Störung zu enthalten.

Dies ist im Allgemeinen der Zweck der Klage. Im Einzelnen können nun aber die Ansprüche des Klägers, nach Verschiedenheit der Umstände, auf mancherlei Weise eigenthümlich modificirt sein.

1. Es ist möglich, daß es dem Kläger vornämlich nur darum zu thun ist, in den Besitz zu kommen; z. B. es hat mir Jemand den **Ususfructus** an einer Sache constituirt, und nun entzieht er sich meinem Verlangen, mir die Detention der Sache einzuräumen — hier werde ich fordern, daß er dazu angehalten werde.

2. Der Kläger kann in dem bereits begonnenen Besitzstande beeinträchtigt sein. So, wenn der Beklagte in dem mit der Servitut belasteten Grundstücke irgend eine Anlage gemacht hat, die mit der Servitut unvereinbar ist; — da muß er angehalten werden, diese wiederum wegzuschaffen [11]). — Oder der Eigenthümer der mit der Servitut belasteten Sache versagt dem Inhaber der Servitut die für diese erforderlichen **Adminicula**; dann wird er verurtheilt, diese **Adminicula** zu gewähren. Dahin gehört auch, wenn er den Kläger hindert, die für die Ausübung der Servitut nothwendigen Anstalten zu treffen, z. B. einen Weg, auf welchen der Kläger ein Recht hat, auszubessern. Hier muß dem Eigenthümer aufgegeben werden, dem Kläger jene Veranstaltungen zu gestatten [12]). — Ist es die **Servitus oneris ferendi**, welche der Kläger geltend macht, so kann er von dem Eigenthümer des **Praedium serviens** mehr als das fordern; er kann, wenn die belastete Wand schadhaft geworden, oder gar eingestürzt ist, verlangen, daß der Eigenthümer verurtheilt werde, selbst die Wiederherstellung derselben zu beschaffen [13]).

10) **L. 8. §. 4. D. si servitus vindicetur etc.**

11) **L. 5. C. d. servitutib. et aqua. III, 34.**

12) **L. 4. §. 5. D. si servitus vindicetur etc.**

13) **L. 7. L. 8. §. 2. D. eod.** Vgl. §. 300.

3. Hat der Beklagte dem Kläger bereits wirklichen Schaden zugefügt, so muß er diesen ersetzen. So kann namentlich der Usufructuar die Früchte fordern, der Zeit, während welcher er an der Ausübung seines Rechts gehindert worden ist [14]).

4. Der Beklagte kann auch angehalten werden, Sicherheit dafür zu leisten, daß er den Kläger fernerhin nicht beeinträchtige, oder bei der **Servitus oneris ferendi** wegen der vorzunehmenden Reparatur [15]).

5. Es ist möglich, daß während des Prozesses die Servitut durch Nichtgebrauch verloren geht. Dann kann der Kläger fordern, daß die Servitut wieder hergestellt werde; auf eine ähnliche Weise, wie bei der **Rei vindicatio** der Beklagte das Eigenthum der Sache zurückübertragen muß, wenn er sie während des Prozesses usucapirt hat [16]).

IV. Einzelne Bemerkungen.

1. Es fragt sich: wer muß beweisen?

Wird die Servitut in Abrede gestellt, so muß der Kläger die Existenz derselben darthun — denn diese bildet den Grund der Klage. Und zwar befreiet den Kläger hiervon auch nicht der Umstand, daß er sich etwa im Besitz der Servitut befindet [17]).

Bei einer Prädialservitut kommt nun aber ferner hinzu, daß der Kläger nachweisen muß, Eigenthümer zu sein des **Praedium dominans** [18]). Oder ist er dies nicht, so muß er wenigstens ein emphyteutisches Recht, oder ein superficiarisches Recht, oder endlich ein Pfandrecht an der Sache nachweisen. Das gehört zu seiner **Legitimatio ad causam**, wie man zu sagen pflegt; nämlich nur dann erst ist es klar, daß, wenn überhaupt die Klage begründet ist, er sie anzustellen befugt sei. — Man pflegt jedoch in dieser Hinsicht **in praxi** keinen strengen Beweis zu fordern, sondern sich z. B. da, wo Jemand als Eigenthümer des herr-

14) **L. 5. §. §. 3. 4. D. si ususfr. petatur etc. L. 4. §. 2. L. 6. §. 6. D. si servitus vindic. etc. L. 19. §. 1. D. d. usuris etc. XXII, 1.**

15) **L. 7. D. si servitus vindicetur etc.** J. R. A. §. 162.

16) **L. 5. §. 5. D. si ususfr. petatur etc. cit. L. 8. §. 4. D. si servitus vindicetur etc.**

17) **L. 10. pr. D. si servitus vindicetur etc. L. 9. C. d. servitutib. et aqua. III, 34.**

18) **L. 16. D. d. exceptionib. XLIV, 1.**

schenden Grundstücks klagt, damit zu begnügen, wenn er nachweist, die Sache **ex justa causa** an sich gebracht zu haben. Ja Mehre gehen so weit, daß sie die bloße Bescheinigung des Besitzes für hinreichend halten [19]).

2. Ist der beklagte Eigenthümer **contumax**, so wird ihm ohne Weiteres aufgegeben, Sicherheit zu stellen, daß er nicht eher irgend etwas der behaupteten Servitut Widerstreitendes vornehmen wolle, als bis er seiner Seits die **Negatoria actio** wirklich angestellt habe [20]).

§. 291.

β. Publiciana actio.

Die **Publiciana in rem actio** ist ihrer nächsten und unmittelbaren Beziehung nach ein Analogon der **Rei vindicatio**. In dieser Beziehung haben wir sie kennen gelernt in den §. §. 285. und 286.

Aber sie kommt vor auch als ein Analogon der **Confessoria actio** [1]). Und zwar in einer zweifachen Anwendung:

Erstens: Wir haben gesehen, der wahre und wirkliche Eigenthümer, obschon er die **Rei vindicatio** hat, kann dennoch, wenn er will, statt derselben sich der **Publiciana actio** bedienen. So auch ist es bei den Servituten: der wirkliche Inhaber einer Servitut, derjenige, welcher die **Confessoria actio** anstellen könnte, mag sich, wenn er will, der **Publiciana actio** bedienen.

Zweitens steht die **Publiciana actio** demjenigen zu Gebote, dem eine Servitut von einem Solchen constituirt ist, der die belastete Sache zwar als Eigenthümer besaß, aber ohne wirklicher Eigenthümer zu sein. Hier hat derjenige, welchem die Servitut constituirt worden, gar kein wirkliches Recht. Die **Confessoria actio** kann er gar nicht anstellen. Die **Publiciana actio** ist die einzige Klage, die ihm zu Gebote steht. Freilich wird er, der Regel nach, auch mit dieser gegen den wahren Eigenthümer der belasteten Sache nichts ausrichten — aber doch gegen schwächer Berechtigte.

19) Vergl. Glück, X. S. 247. folg.

20) **L. 15. D. d. O. N. N. XXXIX, 1.** S. oben §. 242. S. 68.

1) **L. 11. §. 1. D. d. Public. in rem act. VI, 2.**

Uebrigens — wer auch immer die **Publiciana actio** anstellen will — es versteht sich, daß die Voraussetzungen, welche wir für diese Klage in der Lehre vom Eigenthume haben kennen lernen, hier eine analoge Anwendung finden. Es wird daher namentlich auf Seiten des Klägers erfordert, daß er **bona fide** zu dem Besitze der Servitut gelangt sei, und zwar durch Tradition [2]). Die älteren classischen Juristen waren allerdings der Meinung, daß es bei unkörperlichen Sachen, und namentlich bei Servituten Besitz und Tradition überall nicht gebe [3]). In späterer Zeit aber nahm man an, es gebe bei Servituten wenigstens eine **Quasi possessio**, und ein Analogon der Tradition: Nämlich wer eine Servitut ausübt, der ist im Besitze derselben, und hat dieser Besitz seinen Anfang genommen mit der Zustimmung desjenigen, der im Besitze ist der Sache, auf welcher die Servitut lasten soll, so kann man dies als Tradition gelten lassen [4]).

Diese Ansicht ist in das Justinianische Recht übergegangen. Und daher haben für dieses die Stellen, in welchen gesagt wird, bei Servituten gibt es keinen Besitz und keine Tradition, nur den Sinn — es gibt hier keinen eigentlichen Besitz und keine eigentliche Tradition. Uebrigens verdient, was die Tradition anlangt, noch Folgendes bemerkt zu werden:

In den Stellen der Note 2., welche den Besitz bei Servituten und die Begründung der **Publiciana actio** durch diesen Besitz betreffen, geschieht neben der **Traditio** auch noch der **Patientia** Erwähnung. Daß beide Ausdrücke sich auf die Voraussetzung der Uebergabe beziehen, darf als ausgemacht angenommen werden. Der Unterschied aber, der dadurch bezeichnet werden soll, scheint dieser zu sein: **Traditio** wird hier in einem engern Sinne genommen, und auf den Fall bezogen, da derjenige, auf dessen Zustimmung es bei der Besitzergreifung ankommt, jene Zustimmung ausdrücklich erklärt hat; dagegen bezieht sich der

2) cit. L. 11. §. 1. D. eod. L. 1. §. 2. D. d. S. P. R. VIII, 3.

3) L. ult. D. d. servitutib. VIII, 1. in den Worten »Quotiens ..... vacua traditio esset.« L. 3. §. 2. D. d. A. E. V. XIX, 1.

4) cit. L. ult. D. d. servitutib. VIII, 1. in den Worten »Ego puto.« u. s. w.

Ausdruck Patientia auf den Fall einer stillschweigenden, durch bloßes Zulassen ertheilten Zustimmung.

B. Von den Personalservituten. (§. §. 292—298.)

§. 292.

a. Im Allgemeinen.

I. Subject.

Die persönlichen Servituten sind streng an die Person, an das Individuum gebunden. Die Ausübung des Rechts kann der Inhaber der Servitut, der Regel nach, einem Andern überlassen, es geschehe dies unentgeltlich, oder gegen Entgelt, durch Pacht oder Kauf. Ich sage in der Regel, da bei dem Usus eine Ausnahme eintritt. Das Recht selbst aber kann der Inhaber bei keiner Personal-Servitut auf einen Andern übertragen [1]). Ja das Recht geht nicht einmal auf die Erben über; es ist also in seiner längsten Dauer beschränkt auf das Leben des Berechtigten [2]). Damit steht nicht im Widerspruch die Möglichkeit, Jemanden eine persönliche Servitut in der Art zu constituiren, daß er sie haben soll und auch seine Erben — denn die Servitut der Erben ist in einem solchen Falle eine selbstständige Servitut für sich [3]). Ich sagte: Die persönliche Servitut geht nicht auf den Erben über. Eine Ausnahme davon kommt vor bei der **Servitus operarum** [4]). Doch ist diese für uns ohne praktische Bedeutung.

II. Object.

In Hinsicht der Objecte unterscheiden sich die persönlichen Servituten von den Prädial-Servituten darin: die Prädial-Servituten beziehen sich immer auf unbewegliche Sachen; persönliche Servituten gibt es aber auch an beweglichen Sachen. Nur die **Habitatio** kommt nothwendig an unbeweglichen vor, wie umge-

1) §. 1. in f. I. d. usu et habitatione. II, 5. L. 13. C. d. usufructu. III, 33. L. 66. D. d. jure dotium. XXIII, 3. in den Worten »quoniam dicimus . . . . . nihil ad eum transire.«

2) S. L. 3. §. ult. D. quib. mod. ususfr. etc. VII, 4. pr. I. d. usu et habitat. II, 5. L. 10. pr. D. eod. VII, 8.

3) L. 38. §. 12. D. d. V. O. XLV, 1.

4) L. 2. in f. D. d. usu et usufr. etc. per legat. datis. XXXIII, 2.

kehrt die Servitus operarum nothwendig einen beweglichen Gegenstand voraussetzt.

III. Möglicher rechtlicher Inhalt der Personal-Servitut.

Damit hat es folgende Bewandniß: Es gibt Servituten, die gewöhnlich als Prädial-Servituten constituirt werden — die nun aber doch auch als persönliche vorkommen können [5]); z. B. die Servitus pecoris pascendi. Immer indessen ist es Ausnahme, wenn Servituten dieser Art als persönliche Servituten bestellt werden. Daher pflegen unsere Neueren sie alsdann **irregulares, extraordinarias** zu nennen: wogegen diejenigen persönlichen Servituten, die nur als persönliche Servituten vorkommen, **regulares, ordinariae** genannt werden. Zu diesen gehört:

1. Der **Ususfructus**, umfassend außer dem anderweitigen Gebrauche einer Sache, auch die Fruchtbenutzung (davon §. §. 293—296.).

2. Der **Usus**, seinem Grundbegriffe nach beschränkt auf das Recht des Gebrauchs, ohne Fruchtbenutzung — also nur einen Theil umfassend von denjenigen Befugnissen, welche im Begriffe des **Ususfructus** liegen (davon §. 297.).

3. Die **Habitatio**, oder das Recht der Wohnung in einem fremden Gebäude (§. 298.).

4. Endlich geschieht in unseren Quellen eines eigenthümlichen Gebrauchsrechtes an fremden Sclaven Erwähnung, dessen Gegenstand durch den Ausdruck »**Operae servorum**« bezeichnet wird. Die Neueren pflegen dieses Recht **Servitus operarum** zu nennen. Es handelt davon ein eigner Titel der Pandekten [6]). Für uns ist die ganze Sache unpraktisch.

In Einer Stelle [7]) geschieht neben dem Rechte auf die **Operae** eines Sclaven, auch des Rechts auf die **Operae** eines Thiers Erwähnung, jedoch ohne alle nähere Bezeichnung der Eigen-

5) **L. 4. D. d. S. P R. VIII, 3. L. 6. D. d. servitute legata. XXXIII, 3. L. 14. §. ult. D. d. alimentis etc. legatis. XXXIV, 1.**

6) **Dig. VII, 7. De operis servorum.**

7) **L. 5. §. 3. D. usufructuarius quemadmodum caveat. VII, 9.**

thümlichkeit dieses Rechts, welches außer der angeführten Stelle nirgend auch nur genannt wird. Es ist also hierauf keine besondere Rücksicht zu nehmen.

Noch ist in Beziehung auf den möglichen Inhalt der persönlichen Servituten Folgendes zu bemerken:

Ich sagte vorhin, der **Usus** sei seinem Grundbegriffe nach ein Recht des Gebrauchs ohne Fruchtbenutzung. Dies führt zu der Frage, ob nicht auch die bloße Fruchtbenutzung ohne anderweitigen Gebrauch Gegenstand einer persönlichen Servitut sei, also ob es nicht auch einen **Fructus sine usu** geben könne? Im Allgemeinen muß diese Frage verneint werden [8]). In Einem Falle jedoch wird die Verleihung eines solchen Rechts für statthaft geachtet. Nämlich: wenn **A.** an meiner Sache den **Usus** hat, so kann ich das mir selbst übrig gebliebene auf Fruchtgenuß gerichtete Benutzungsrecht in der Gestalt einer Servitut dem **B.** verleihen [9]).

IV.

Ein vierter Punkt, welcher hier in Betracht kommt, ist dieser:

Bei den persönlichen Servituten, wenigstens bei den regelmäßigen, ist, wie vorläufig schon im §. 218. bemerkt worden, mit dem dinglichen Rechte, welches den unmittelbaren Inhalt derselben ausmacht, jederzeit eine eigenthümliche **Obligatio** verbunden zwischen dem Inhaber der Servitut auf der einen und dem Eigenthümer auf der andern Seite. Diese **Obligatio** hat eben, weil sie als etwas mit dem dinglichen Rechte untrennbar Verbundenes betrachtet wird, in einem gewissen Sinne selbst einen dinglichen Charakter. Sie besteht nämlich nicht nur zwischen dem Inhaber der Servitut und dem gegenwärtigen Eigenthümer, der selbst etwa die Servitut constituirt hat — sondern es ist eine **Obligatio**, durch welche der Inhaber der Servitut dem Eigen-

8) **Paul. III, 6. §. §. 24. 25. L. 14. §. §. 1. 2. D. d. usu et habitatione. VII, 8.** (In dem §. 1. ist nach den Worten »videri ademptum scribit« mit **Hal.** zu lesen: »**Sed si de fructu sine usu sensit, usum videri constitutum . . . . .**«)

9) **L. 14. §. 3. D. eod.** Auf einen solchen Fall ist denn auch zu beziehen **L. 5. §. 2. D. usufructuarius quemadmod. caveat. VII, 9.**

thümer verpflichtet ist, dieser sei, wer er wolle, und ohne alle Rücksicht darauf, wie die Servitut entstanden ist [10]).

b. Einzelne Servituten.

α. Ususfructus. (§. §. 293—296.)

a. Eigentlicher Ususfructus.

† INST. II, 4. De usufructu. — † DIG. VII, 1. De usufructu, et quemadmodum quis utatur fruatur. VII, 9. Usufructuarius quemadmodum caveat. — † COD. III, 33. De usufructu et habitatione et ministerio servorum.

§. 293.

1. Begriff und Gegenstand.

I. Begriff.

Die Römischen Juristen definiren den **Ususfructus** folgender Maßen: »**Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia**« [1]).

Der **Ususfructus** also ist ein **Jus utendi fruendi**. Daher kommt auch die Benennung. Nämlich: das Recht der Benutzung einer Sache, inwieweit dabei die Fruchtbenutzung ausgeschlossen ist, heißt **Usus**. Das Recht der Fruchtbenutzung aber, es mag nun abgesondert für sich gedacht werden, oder verbunden mit dem Rechte anderweitigen Gebrauchs, wird **Fructus** genannt. **Fructus** in diesem Sinne bezeichnet also nicht die Frucht selbst, sondern ein hinsichtlich der Früchte zuständiges Recht.

Also der **Ususfructus** gibt das Recht der Benutzung, auch der Fruchtbenutzung. Aber dieses Recht ist dadurch beschränkt, daß es nur **salva rei substantia** ausgeübt werden darf. Ueber Beides wird das Nähere in dem §. 294. vorgetragen werden.

In Beziehung auf den Sprachgebrauch ist noch zu bemerken: das Recht selbst heißt im Deutschen Nießbrauch, Nutznießung; der Inhaber desselben **Usufructuarius**, **Fructuarius**, im Deutschen Nießbraucher, Nutznießer. Ihm gegenüber

10) L. 1. pr. L. 5. §. §. 1—3. D. eod.

1) pr. I. h. t. L. 1. D. h. t.

wird der Eigenthümer der dienenden Sache **Dominus, Proprietarius**, im Deutschen Eigenthümer, Proprietar genannt.

II. Gegenstand.

Gegenstand eines eigentlichen und wahren **Ususfructus** kann nur eine körperliche Sache sein, und nur eine solche, welche ihrer Bestimmung gemäß gebraucht werden kann, ohne daß durch diesen Gebrauch das Eigenthum aufgehoben wird. Bei einem Gegenstande dieser Art ist nun aber das Recht des Fructuars nicht etwa bloß auf die Hauptsache beschränkt, sondern es erstreckt sich auch auf die Pertinenzen. Dies gilt von den körperlichen Zubehörungen — so z. B. gebührt im Zweifel dem Usufructuar bei einem Landgute auch der Gebrauch des Wirthschaftsinventariums [2]). Eben so erstreckt sich der Nießbrauch eines Grundstücks auch auf die Erweiterungen desselben durch Alluvion. Wo aber der durch einen Fluß veranlaßte Zuwachs sich, seinem Umfange nach, von dem Grundstücke, dem er zugewachsen ist, bestimmt unterscheiden läßt, wie dies der Fall ist bei einer **Insula in flumine nata**, da verhält es sich allerdings anders [3]).

Außer den körperlichen kommen nun aber auch die unkörperlichen Zubehörungen in Betracht. Daher ist bei einem Grundstücke der Fructuar berechtiget, die mit dem Grundstücke verbundenen Servituten auszuüben; nicht als ob diese Servituten selbst und an und für sich, Gegenstand des **Ususfructus** wären; aber als Zubehörungen des berechtigten Grundstücks sind sie in dem, an diesem stattfindenden **Ususfructus** mit begriffen: es ist das durch diese Servitut erweiterte Eigenthum an dem berechtigten Grundstücke, auf welches der **Ususfructus** sich bezieht, und welches durch diesen beschränkt wird [4]).

§. 294.

2. Rechte des Fructuars.

Was das Benutzungsrecht des Fructuarius an sich betrifft, so hat der Fructuarius das Recht des Gebrauches und ins-

2) **L. 15. §. 6. D. h. t.**
3) **L. 9. §. 4. D. h. t.**
4) **L. 1. pr. D. si ususfructus petatur. VII, 6.**

besondere das Recht des Gebrauches zum Behuf der Fruchtbenutzung. Nur dieses letztere bedarf einer weiteren Auseinandersetzung:

Zunächst bezieht das Recht der Fruchtbenutzung sich auf die natürlichen Früchte. Es gehören also hierher die Erzeugnisse des Bodens; eben so die Erzeugnisse der Thiere: Milch, Wolle, die Jungen [1]). Und zwar gilt dies nicht etwa bloß von den erst nach Entstehung des **Ususfructus** erzeugten Früchten, sondern auch von den schon zur Zeit jener Entstehung erzeugten, inwieweit sie mit der Hauptsache noch verbunden, also **pendentes fructus** sind [2]).

Uebrigens erwirbt der Fructuar das Eigenthum an den natürlichen Früchten durch Perception d. h. durch Separation und Apprehension; nur bei den Jungen der Thiere wird schon die bloße Separation der Perception gleich geachtet [3]).

Die Fruchtbenutzung von Seiten des Fructuars ist nun aber auf die natürlichen Früchte keinesweges beschränkt; sie umfaßt auch die civilen Früchte. Der Fructuarius kann die Sache vermiethen, verpachten; dann gebührt ihm die **Merces** [4]). — Hatte schon der Proprietar, noch vor Entstehung des **Ususfructus**, die Sache vermiethet oder verpachtet, so kann der Fructuar die Mieths- oder Pachtgelder für die noch übrige Zeit nicht anders in Anspruch nehmen, als wenn der Proprietar ihm seine Forderung abgetreten hat; allein weigert sich dessen der Proprietar, so ist der Nießbraucher im Zweifel befugt von dem Miether oder Pächter zu verlangen, daß er die Detention der Sache aufgebe [5]). Wie übrigens der Fructuar die Sache vermiethen oder verpachten kann; so kann er auch den **Ususfructus** selbst verpachten. Ja, er kann die Ausübung seines Rechtes einem Andern sogar käuflich überlassen [6]).

In allen bisher bezeichneten Fällen sind die civilen Früchte,

1) §. §. 36. 37. I. d. rer. div. II, 1. L. 7. pr. L. 9. pr. D. h. t.

2) L. 27. pr. D. h. t. (Hal. hat unrichtig »nam exstantes fructus ad fructuarium pertinent« Statt »nam et stantes fructus ad fruct. pert.«)

3) S. §. 283. Note 2. u. 3.

4) L. 15. §. 5. L. 27. §. 1. D. h. t.

5) Hierauf bezieht sich L. 59. §. 1. D. h. t.

6) §. 1. in f. I. d. usu et habitat. II, 5. L. 67. D. h. t.

welche der Fructuar gewinnt, und die eben in den Miethsgeldern, Pachtgeldern, Kaufgeldern bestehen, solche civile Früchte, welche in die Stelle der natürlichen eintreten.

Aber ferner: Heutigen Tages sind oftmals mit einem Grundstücke gewisse Gerechtigkeiten verbunden, vermöge deren der jedesmalige Eigenthümer von den Besitzern anderer Grundstücke Leistungen zu fordern hat an Diensten, an natürlichen Früchten, oder auch an baarem Gelde — Gerechtigkeiten, welche sich, eben weil sie auf ein positives Thun von der andern Seite gerichtet sind, nicht unter die Kategorie der Servituten subsumiren lassen. Hat nun ein Grundstück dergleichen Gerechtigkeiten, so kommt die Ausübung derselben dem Usufructuar zu, nach der Analogie dessen, was von Servituten gilt; und was nun der Fructuar hier empfängt, das sind auch civile Früchte des Grundstücks, mit dem die Gerechtigkeit verbunden ist.

Es ist jetzt von den Beschränkungen zu sprechen, welchen das Benutzungsrecht des Fructuars unterworfen ist; es ist also die Bedeutung des »**salva rerum substantia**« zu erörtern, was in der legalen Definition des **Ususfructus** vorkommt.

Der Ausdruck »**salva substantia**« bezieht sich eigentlich darauf, daß der Fructuar mit der Sache selbst keine physische Veränderung soll vornehmen dürfen. Damit ist denn nun aber doch auf der einen Seite zu viel und auf der andern zu wenig gesagt.

Wollen wir die Grenze, welche der Fructuar in der Benutzung der Sache zu beobachten hat, auf eine durchgreifende Weise bezeichnen, so müssen wir so sagen: der Fructuar darf die Sache nicht vernichten, oder auch nur verschlechtern; verbessern darf er sie wohl; aber nie darf er etwas vornehmen, wodurch der Sache eine, von ihrer bisherigen wesentlich verschiedene, neue Bestimmung gegeben wird — gesetzt selbst, daß sich dieß aus dem Gesichtspunkte einer Verbesserung auffassen ließe [7]).

7) Daraus erklärt es sich, wenn es in **L. 13. §. 4. D. h. t.** heißt: »**Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest**«, und wenn dagegen in andern Stellen selbst Melioration verworfen wird; vgl. u. a. **L. 7. i. f. L. 8. D. h. t.**

Ich will nun die obenaufgestellte Regel durch eine Reihe von Anwendungen erläutern.

1. Der Fructuar darf auf einem leeren Grundstück keine Gebäude aufführen, es wäre denn, daß dies zur Einsammlung und Aufbewahrung der Früchte nothwendig befunden würde [8]).

2. Bei der Benutzung von Holzungen ist der Fructuar an die bisherige Bestimmung derselben gebunden; die dadurch bezeichneten Grenzen darf er nicht überschreiten. Ist die Holzung eine **sylva caedua** d. h. nur für den Holzschlag gerade, bestimmte Waldung, dann ist er allerdigs befugt, Holz darin zu schlagen, nicht etwa bloß für sich, sondern auch zum Verkauf — nur muß er dabei doch nach den Grundsätzen einer ordentlichen Holzwirthschaft verfahren [9]).

3. Denken wir uns irgend ein anderartiges dem Ertrage bestimmtes ländliches Grundstück, nicht gerade eine Waldung, so entsteht die Frage: darf der Fructuar die Art des Anbaues, überhaupt die Art der Benutzung verändern? Allerdings darf er es, sobald der Ertrag dadurch erhöht wird: denn bei Grundstücken dieser Art wird der Ertrag als das Wesentliche betrachtet; die Mittel ihn herbeizuführen, werden als das minder Wesentliche angesehen. Daher ist es dem Fructuar verstattet, auf einem solchen Grundstücke Steinbrüche, Kalkbrüche u. s. w. anzulegen, und diese Art der Benutzung der bisherigen durch Weinbau, oder Oelbau, oder Feldbau zu substituiren — vorausgesetzt nur, daß auf diese Weise wirklich ein höherer Ertrag herausgebracht werde [10]).

4. Ist dagegen das Grundstück, welches den Gegenstand des **Ususfructus** ausmacht, ein ländliches, dem Vergnügen bestimmtes, so ist der Fructuar nicht befugt, es in ein nutzbares Grundstück zu verwandeln [11]).

5. Am beschränktesten ist der Fructuar bei Gebäuden, insbesondere bei Wohngebäuden. Nicht nur, daß er z. B. ein Wohngebäude nicht in ein Badehaus verwandeln darf, oder gar

8) **L. 13. §. 6. in f. D. h. t.**
9) **L. 9. §. ult. L. 10. D. h. t.** Vgl. **L. 30. pr. D. d. V. S.**
10) **L. 13. §. 5. D. h. t.**
11) **cit. L. 13. §. 4. D. h. t.**

etwa in eine Stallung; nicht nur, daß er überhaupt nichts ab- oder einreißen darf, selbst nicht um etwas Besseres in die Stelle zu setzen — wie er denn namentlich auch die Einrichtung der Zimmer unverändert lassen muß, — sondern er darf die Gebäude auch nicht einmal erweitern, namentlich nicht erhöhen — ja es ist sogar jeder Ausbau ihm untersagt [12]).

Diese größere Beschränkung erklärt sich daraus, daß bei Gebäuden und namentlich bei Wohngebäuden so Vieles von den besondern Verhältnissen und Bedürfnissen des Eigenthümers abhängt, und daß sich daher hier die Grenze, wo eine Veränderung anfange, eine wesentliche zu sein, nicht wohl bestimmen läßt, und eben so wenig mit Sicherheit gesagt werden kann, ob diese oder jene Veränderung in der That eine Verbesserung sei oder nicht. — Und so ist denn bei Gebäuden der Fructuar zunächst nur darauf angewiesen, sie in dem Stande zu erhalten, in dem sie sich einmal befinden. Verzierungen anzubringen ist ihm indessen erlaubt.

In allen bisher angeführten Fällen ward eine physische Einwirkung auf die Substanz vorausgesetzt. Unsere Regel findet aber auch da Anwendung, wo von keiner physischen Einwirkung die Rede ist. So darf namentlich derjenige, dem der **Ususfructus** an einem für den gewöhnlichen Privatgebrach bestimmten Gebäude zusteht, dieses zwar vermiethen, nicht aber zu dem Behuf, daß darin eine Gastwirthschaft angelegt werde [13]).

Hierher gehört denn auch das, daß derjenige, welchem der **Ususfructus** an Kleidungsstücken gegeben ist, diese nicht vermiethen darf, sobald es nicht solche Kleidungsstücke sind, welche vermiethet zu werden pflegen [14]).

Aus demjenigen, was so eben über den Umfang der dem Fructuar zustehenden Rechte gesagt worden, ergibt sich von selbst, inwieweit der Proprietar über die Sache zu verfügen berechtigt ist. Er muß sich jeder Disposition enthalten, wodurch den Rechten des Fructuars Eintrag geschehen könnte, es wäre denn,

12) **L. 7. §. ult. L. 8. L. 13. §. 7. L. 44. L. 61. D. h. t.**

13) **L. 13. §. ult. D. h. t.**

14) **L. 15. §. 4. D. h. t.** zu vergleichen mit dem **§. 5.** derselb. Stelle.

daß dieser seine Zustimmung dazu gäbe [15]). Indessen soll die Sache mit neuen, dem Fructuar nachtheiligen Servituten belastet werden, so kann dies selbst mit des Fructuars Zustimmung nicht geschehen [16]).

Zum Beschluß, und ehe ich zu den Verbindlichkeiten des Usufructuars übergehe, muß ich noch eine die Rechte des Usufructuars im Allgemeinen betreffende Bemerkung machen: Nehmen wir bloß Rücksicht auf den Umfang der durch das Bisherige bezeichneten Rechte des Usufructuars, so scheint es, der Fructuar hat mehr Rechte, als der Eigenthümer. Wenn wir aber erwägen, daß das Recht des Fructuars auch in seiner längsten Dauer auf die Lebenszeit desselben beschränkt ist, daß es also nur ein vorübergehendes Recht ist — während umgekehrt das Recht des Proprietars in einem dauernden, nur für eine gewisse Zeit beschränkten, wenn schon sehr wesentlich beschränkten Rechte besteht; so zeigt sich das Uebergewicht ganz entschieden auf Seiten des Proprietars, und es rechtfertigt sich daraus die Ansicht, daß er der eigentliche Eigenthümer sei, und dem Fructuar nur ein beschränktes Recht zustehe.

Sobald der **Ususfructus** zu Ende ist, so muß der Fructuar sich jeder fernern Einwirkung auf die Sache gänzlich enthalten, er darf sie nicht einmal länger detiniren — aber freilich kann nun auch von ihm nichts gefordert werden, wenn wir stehen bleiben bei der rein dinglichen Natur dieses Rechts.

Anders wenn wir auf das mit dem **Ususfructus** vergesellschaftete obligatorische Verhältniß Rücksicht nehmen. Davon soll jetzt gehandelt werden.

§. 295.

3. Verbindlichkeiten desselben.

I. Von dieser Verbindlichkeit selbst.

Die Verbindlichkeiten, welche dem Fructuarius obliegen, sind theils solche, welche er während der Dauer, theils solche, welche er bei Beendigung des **Ususfructus** zu erfüllen hat.

15) **L. 7. §. 1. in f. L. 17. pr. D. h. t.** 16) **L. 15. in f. L. 16. D. h. t.**

Zuerst von jenen. Vor Allem kommt hier in Betracht die Verpflichtung, die Sache so zu behandeln, wie ein **bonus paterfamilias** seine eigene Sache zu behandeln pflegt. Er soll also nicht bloß das Schädliche unterlassen, sondern auch das Nützliche, Schaden Verhütende thun, dergestalt, daß er von dem Proprietar auch des geringsten Versehens halber in Anspruch genommen werden kann [1]).

Diese Sorgfalt, welche dem Usufructuar zur Pflicht gemacht wird, äußert sich in Folgendem:

1. Er darf es nicht zulassen, daß die Sache durch irgend einen Dritten usucapirt werde; geschieht dies dennoch, während er es zu verhindern im Stande war, so haftet er deshalb dem Eigenthümer [2]).

2. Wenn er den **Ususfructus** an einem Grundstücke hat, und diesem eine Servitut zusteht, so muß er Sorge tragen, daß die Servitut nicht etwa durch Nichtgebrauch verloren gehe [3]).

3. Bei Gebäuden ist er alle mäßigen Reparaturen vorzunehmen, und aus eignen Mitteln zu bestreiten schuldig. Indessen: was Alters halber einstürzt braucht er nicht wieder herzustellen [4]).

4. Ländliche Grundstücke muß der Fructuar in gutem Anbau erhalten [5]). Daher muß er denn namentlich Bäume und Weinstöcke, welche gefällt oder abgestorben sind, durch Nachsäen, Nachpflanzen zu ersetzen suchen. Für Windbrüche braucht er jedoch nicht einzustehen [6]).

5. Thiere muß er gehörig ernähren und zwar auf seine Kosten [7]).

6. Bei einer Heerde ist der Fructuar schuldig, dafür zu sorgen, daß sie immer vollzählig bleibe. Den Abgang also muß er ergänzen — jedoch nur inwieweit ihm dies aus den Jungen der Heerde selbst möglich ist. Die gestorbenen oder sonst aus der

1) §. 38. I. d. rer. div. II, 1. L. 9. pr. et §. 2. L. 65. pr. D. h. t. L. 1. pr. L. 2. D. usufructuarius quemadm. caveat. VII, 9.

2) L. 1. in f. D. eod.

3) L. 15. §. ult. D. h. t. in den Worten »Quibus consequenter . . . . . tenebitur.«

4) L. 7. §. 2. D. h. t.

5) L. 9. pr. D. h. t.

6) cit. §. 38. I. d. rer. div. II, 1. in den Worten »et in vinearum« u. s. w. L. 9. §. 6. L. 18. L. 59. pr. D. h. t.

7) Argum. L. 15. §. 2. et L. 45. D. h. t.

Heerde ausgemerzten Thiere gehören dann nach Art der Früchte ihm — wogegen die der Heerde einverleibten Jungen Eigenthum sind des Proprietars [8]).

Außer dieser Verpflichtung zu sorgfältiger Behandlung der Sache ist der Usufructuar nun aber auch noch dazu verbunden die öffentlichen Abgaben, überhaupt die öffentlichen Lasten, welche auf der Sache haften, zu tragen, und zwar aus eignen Mitteln [9]).

Dies ist es, was dem Fructuarius während der Dauer des **Ususfructus** obliegt.

Zweitens ist er nun aber, **finito usufructu**, verpflichtet, die Sache **in specie**, und in dem Zustande an den Proprietar abzuliefern, in welchem sie sich bei ordnungsmäßigem Gebrauche befinden muß [10]).

Ich sage: der Fructuar muß die Sache **in specie** restituiren. Bei einer Heerde leidet das indessen insoweit eine Ausnahme, als da, statt der gestorbenen, oder sonst ausgemerzten Thiere, die in die Stelle getretenen Jungen restituirt werden. Und ferner: die zu einer Thiergattung gehörigen Thiere brauchen nur der Gattung nach restituirt zu werden [11]).

Ganz besondere Rücksicht verdienen nun aber hier noch die Früchte der Sache.

Was die natürlichen Früchte betrifft, so braucht der Fructuar die percipirten Früchte, auch wenn er sie unreif percipirt hat, nicht zu restituiren [12]); die bloß separirten aber, und eben so die **pendentes fructus** muß er restituiren, und zwar hat er diese letztern selbst dann zu restituiren, wenn sie bereits reif sind [13]).

Wie nun aber verhält es sich mit den civilen Früchten?

Setzen wir zuerst, der Fructuar hat die Sache vermiethet oder verpachtet, dergestalt, daß nun das Miethsgeld oder Pachtgeld

8) cit. §. 38. init. I. d. rer. div. II, 1. L. 68. §. ult. L. 69. L. 70. D. h. t.

9) cit. L. 7. §. 2. in f. L. 27. §. 3. D. h. t. L. 28. D. d. usu et usufr. et reditu etc. XXXIII, 2.

10) cit. L. 1. pr. L. 9. §. 3. D. usufructuar. quemadmod. caveat. VII, 9.

11) L. 62. §. 1. D. h. t.

12) L. 48. §. 1. D. h. t.

13) L 13. D. quib. mod. usufr. etc. VII, 4. §. 36. I. d. rer. div. II, 1.

in die Stelle tritt der unmittelbaren Benutzung und der natürlichen Früchte. Hier ist der zwischen dem Fructuar und dem Conductor eingegangene Vertrag etwas, was an und für sich den Proprietarius gar nichts angeht. Weder kann er irgend etwas von dem Conductor fordern, noch auch ist er verpflichtet, ihn in der Miethe oder in der Pacht zu lassen. An und für sich kann nur davon die Frage sein, ob und inwieweit, **finito usufructu**, der Fructuar oder dessen Erbe von dem Conductor das Mieths- oder Pachtgeld zu fordern berechtigt ist. Und da wird denn die Antwort so lauten müssen: Der Conductor ist zur Entrichtung des Mieths- oder Pachtgeldes nach Maaßgabe der gezogenen Nutzungen verbunden [14]).

Soll die Vermiethung oder Verpachtung der Sache durch den Fructuar, auch den Proprietarius auf der einen Seite verpflichten und auf der andern berechtigen; so müssen ganz besondere Umstände eintreten. Dahin gehört unter Anderen, wenn der Fructuar mit des Proprietars Zustimmung dergestalt verpachtet oder vermiethet hat, daß aus diesem Grunde der Proprietar verpflichtet ist, **finito usufructu**, dem Pächter oder Miether die Sache zu lassen. Alsdann wird er natürlicher Weise auch in eben dem Maaße, in welchem er es ist, der dem Pächter oder Miether die Nutzung der Sache gewährt, das Pacht- oder Mieths-geld fordern können.

Nun kann aber zweitens heutigen Tages in dem **Usus-fructus** auch das Recht enthalten sein auf mancherlei Prästationen, welche kein Surrogat sind für die Benutzung der Sache, sondern vielmehr selbstständige Nutzungen für sich — wie z. B. Grundzinsen, Zehnten u. s. w. Und da fragt es sich denn, wie soll es, **finito usufructu**, mit Prästationen dieser Art gehalten werden, wenn der Usufructuar dieselben in Empfang genommen hat? Hierüber giebt es dreierlei Haupt-Meinungen [15]):

Nach der ersten hat der Fructuar oder dessen Erben auf diese Prästationen überall kein Recht; sie gebühren dem Proprietar.

14) L. 58. pr. D. h. t. L. 9. §. 1. D. locati conducti. XIX, 2.

15) Siehe Glück, IX. S. 339. folg

Nach der zweiten kommt es darauf an, ob die Präſtationen noch während der Dauer des **Ususfructus** fällig geworden ſind, oder nicht: die bereits fällig geweſenen ſoll der Fructuar oder deſſen Erben in Anſpruch nehmen dürfen; die noch nicht fällig geweſenen der Proprietar.

Endlich nach der dritten Meinung ſollen auch die noch nicht fällig geweſenen Präſtationen des letzten Jahres zwiſchen dem Fructuar oder deſſen Erben, und dem Proprietar nach dem Verhältniß der Zeit, während welcher der **Ususfructus** beſtanden hat, getheilt werden. Z. B. mit dem Ende des Jahres iſt eine Summe von 100 fällig geworden; der **Ususfructus** aber hat mit dem Ablauf des erſten Vierteljahrs aufgehört. Hier ſollen von jener Summe der Fructuar 25, der Proprietar 75 zu Gute haben.

Ich halte die erſte Meinung für die richtige.

II. Von der durch den Fructuar zu leiſtenden Sicherheit.

Wenn der Uſufructuar den ihm obliegenden obligatoriſchen Verbindlichkeiten entgegenhandelt, ſo kann gelegentlich der Proprietar ſich mit ſolchen Klagen helfen, die nicht grade in der beſondern **Obligatio** ihren Grund haben, welche ein eigenthümliches Annexum des **Ususfructus** iſt. So wenn der Fructuar die Sache, an welcher er den Nießbrauch hat, durch poſitive Einwirkung beſchädiget oder gar vernichtet. Hier wird der Proprietar ſich der **Legis Aquiliae actio** bedienen können. Aber gar oft kann es geſchehen, daß andere Klagen von allgemeiner Beziehung nicht ausreichen, und daß ſo das Bedürfniß einer eigenen Klage fühlbar wird. Eine ſolche gibt es nun aber nicht; und daher war denn der Prätor darauf bedacht, auf andere Weiſe dem Proprietar zu Hülfe zu kommen; dadurch nämlich, daß er ihm das Recht ertheilte, von dem Fructuar wegen treuer Erfüllung aller demſelben obliegenden Verbindlichkeiten, Sicherheitsleiſtung zu fordern; nun konnte der Proprietar im Entſtehungsfall aus der geleiſteten **Cautio** klagen [16]).

16) **L. 13. §. 2. D. h. t. cit. L. 1. pr. D. usufructuar. quemadm. caveat. VII, 9.**

Es kommt jetzt darauf an, von dieser **Cautio** nähere Auskunft zu geben.

1. Ein bloßes Versprechen, von Seiten des Fructuars, ist noch nicht hinreichend, er muß auch Bürgen stellen, denn die **Cautio**, die von ihm gefordert wird, ist eine **Satisdatio** [17]).

2. Der Inhalt der Caution ist, in Gemäßheit des zu Grunde liegenden obligatorischen Verhältnisses, ein doppelter. Der Fructuar nämlich verspricht *einmal* die Sache als ein **bonus paterfamilias** »**boni viri arbitratu**« zu behandeln — und *ferner* dieselbe **finito usufructu** »**cum ususfructus ad eum pertinere desinet**« zu restituiren [18]).

3. Die Mittel, durch welche der Fructuarius zur Leistung der Sicherheit angehalten werden kann, sind folgende: So lange der Proprietar die Sache noch detinirt, kann er sich durch Retention helfen; er kann die Sache bis zu geleisteter Sicherheit dem Fructuarius vorenthalten [19]); hat dieser aber die Sache bereits in Händen, so gibt es für den Proprietar mehr als Eine Hülfe. Er kann die **Rei vindicatio** anstellen, und der **Exceptio de re ususfructus nomine tradita** die **Replicatio non praestitae cautionis** entgegensetzen [20]). Aber der Proprietar kann auch unmittelbar auf Leistung der Caution klagen; er hat zu diesem Behuf eine persönliche Klage, eine **Condictio** [21]).

4. Ist die Caution bestellt, so kann der Proprietar aus der ersten Clausel so oft klagen, als der Fructuar die darin ausgesprochenen Verpflichtungen verletzt. Aus der zweiten kann er natürlich nur einmal klagen, und zwar erst **finito usufructu** [22]).

5. Unter gewissen Voraussetzungen fällt die Caution weg: Dahin gehört, daß der Proprietar die Caution zu erlassen befugt ist, was einige Neuere mit Unrecht bestreiten. Nur das ist allerdings richtig: Wer einem Andern in seinem letzten Willen den **Ususfructus** an einer Sache verleiht, der kann wirksamer Weise die Caution nicht erlassen [23]).

17) **L. 13. pr. D. h. t. L. 4. C. eod.**
18) **cit. L. 1. pr. D. usufructuar. quemadm. cav. VII, 9.**
19) **cit. L. 13. pr. D. h. t.** in den Worten »**Si ususfructus legatus sit**« u. s. w.
20) **L. 7. pr. D. usufructuarius quemadm. cav. VII, 9.**
21) **cit. L. 7. pr. D. eod.**
22) **L. 1. §. 6. D. eod.**
23) **L. 1. C. h. t. L. 7. C. ut in possess. legator. vel fideicom-**

Ferner fällt die Caution weg in folgenden Fällen:

1. wenn es gewiß ist, daß dereinst dem Usufructuar selbst oder doch seinem Erben die Proprietät zufallen muß. So wenn Jemanden der **ususfructus pure**, die Proprietät aber **ex die certo** legirt ist [24]).

2. Auch der Vater braucht keine Sicherheit zu leisten, in Hinsicht desjenigen **Ususfructus**, welcher ihm an den Adventitien der seiner Gewalt unterworfenen Kinder zusteht [25]).

3. Die Praxis fügt diesen Ausnahmen noch den Fall hinzu, wenn der Schenker sich den Nießbrauch der geschenkten Sache vorbehält [26]).

§. 296.

b. Uneigentlicher Ususfructus.

† **DIG. VII, 5. De usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur.**

Es gibt einen uneigentlichen **Ususfructus**:

1. an körperlichen, aber verbrauchbaren Sachen;
2. an unkörperlichen Sachen.

Zuerst von dem **Ususfructus** an körperlichen verbrauchbaren Sachen.

Ein wahrer **Ususfructus** ist, wie ich schon früher bemerkt habe, an Sachen dieser Art nicht möglich, und zwar um deswillen, weil, sobald der Usufructuar die Sache ihrer Bestimmung gemäß benutzt, das Eigenthumsrecht des Proprietars aufhören muß — und dies ist mit dem Begriffe einer wahren Servitut nicht zu vereinigen. Aber in Gemäßheit eines Senatusconsults soll an Sachen dieser Art wenigstens ein Analogon des **Ususfructus** Statt finden, welches in unsern Quellen mit dem Ausdrucke **Quasi-ususfructus** bezeichnet wird [1]).

missor. servandor. c. mittatur etc. VI, 54.

24) L. 9. §. 2. D. usufructuar. quemadm. cav. VII, 9.

25) L. 8. §. 4. in f. C. d. bonis, quae liberis etc. VI, 61.

26) Siehe Glück, IX. S. 484. folg.

1) §. 2. I. d. usufructu. II, 4. L. 1. D. h. t. L. 2. §. 1. D. eod. »Quo Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset — nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit — sed remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi.«

Es fragt sich nun, worin besteht bei einem solchen Quasi-**ususfructus** das Recht des Fructuars — und worin zeigt sich die Analogie des **Quasi-ususfructus** mit dem eigentlichen?

Der Fructuar wird Eigenthümer der Sachen, welche den Gegenstand seines Rechts ausmachen sollen; aber er ist verpflichtet, eben so viele Sachen, als er empfangen hat, und von gleicher Art zu restituiren. Und zwar fällt diese Restitution in denjenigen Zeitpunkt, in welchem, bei einem eigentlichen **Ususfructus**, der Gegenstand **in specie** zu restituiren sein würde. In dieser Restitution, darin liegt die Analogie mit dem eigentlichen **Ususfructus**. Die Art der Restitution ist freilich verschieden, da das Empfangene nicht **in specie**, sondern **in genere** restituirt wird; — aber daß überhaupt Restitution nothwendig ist, und zwar zur selbigen Zeit, darin liegt denn doch eine gewisse Uebereinstimmung. Uebrigens kann bei anderen Sachen, als Geld, auch der Werth festgesetzt, und ausgemacht werden, daß **finito usufructu** dieser restituirt werde [2]).

Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst, daß derjenige, welcher bei dem **Quasi-ususfructus** dem Proprietar verglichen wird, überall gar kein dingliches Recht hat; sondern sein ganzes Recht besteht in dem obligatorischen Rechte, Restitution zu fordern. Und daß dies geschehe, dafür kann er Sicherheitsleistung verlangen [3]).

Zuletzt muß ich noch der Streitfrage erwähnen, ob der **Ususfructus** an Kleidungsstücken ein eigentlicher **Ususfructus** sei, oder ein **Quasi-ususfructus**. Das Wahre an der Sache ist dieses: Kleidungsstücke stehen gewisser Maaßen in der Mitte zwischen den verbrauchbaren und den unverbrauchbaren Sachen: und so ist an ihnen Beides möglich, ein wahrer, aber auch ein **Quasi-ususfructus**. Es kommt in jedem einzelnen Falle immer auf die besondern Umstände an, namentlich auf die Absicht desjenigen, welcher den **Ususfructus** constituirt hat [4]).

Ich komme nun zweitens auf den **Ususfructus** an unkör-

2) cit. §. 2. I. d. usufructu. L. 2. pr. L. 7. D. h. t.

3) Siehe die Stellen der Note 2.

4) cit. §. 2. I. d. usufructu. L. 15. §. §. 4. 5. D. eod. L. 9. §. 3. D. usufructuar. quemadm. caveat. VII, 9.

perlichen Sachen. Das Senatusconsult, dessen vorhin gedacht wurde, hatte nicht nur verstattet, an körperlichen verbrauchbaren Sachen einen **Ususfructus** zu constituiren, sondern es sollte überhaupt an Allem, was irgend zu dem Vermögen eines Menschen gehörte, ein **Ususfructus** gegeben werden können [5]). Also ist nun auch an unkörperlichen Sachen ein dem **Ususfructus** analoges Recht möglich. Und darauf beruhet dann die Möglichkeit eines **Ususfructus** an einem ganzen Vermögen. Ein solcher **Ususfructus** ist ein eigentlicher und wahrer, inwieweit sich in dem Vermögen Gegenstände vorfinden, welche einen wahren **Ususfructus** zulassen; in Hinsicht aller übrigen Gegenstände ist er nur ein dem **Ususfructus** analoges Recht.

Von besonderem Interesse ist hierbei die Frage, wie man sich den **Ususfructus** an einer Forderung zu denken habe, mit andern Worten, welche Bewandniß es mit dem **Ususfructus nominis** habe. Die Ansichten hierüber sind verschieden [6]). Das Richtige scheint dieses zu sein: Es läßt sich denken, daß dem Schuldner selbst der **Ususfructus** an der gegen ihn gerichteten Forderung constituirt werde. Hier gewinnt der Schuldner den Vortheil, daß er die Schuld auf keinen Fall eher abzutragen braucht, als **finito usufructu**; desgleichen daß er, wenn die Schuld eine verzinsliche ist, für die Dauer des **Ususfructus** von der Verpflichtung zur Zinszahlung befreiet wird [7]). So, wenn dem Schuldner selbst der **ususfructus nominis** constituirt ist. Steht dagegen der **Ususfructus nominis** irgend einem Dritten zu, so ist dieser berechtigt, nicht nur die Zinsen zu erheben, zu welchen der Schuldner etwa verpflichtet ist, sondern auch dazu, die Hauptforderung selbst beizutreiben; und hat er dieses gethan, so hat er dann an den empfangenen Sachen entweder einen wahren **Ususfructus**, oder einen **Quasi-ususfructus**, je nachdem die Sachen, ihrer Beschaffenheit nach, sich für jenen oder diesen eignen. Da nun Geld etwas ist, was seiner Natur nach, nur einen **Quasi-ususfructus** zuläßt, so wird der **Ususfructus** an einer Geldforderung immer auf einen **Quasi-ususfructus** hinaus-

5) **cit. L. 1. D. h. t.**
6) Ich verweise deshalb auf Glück, IX. S. 404. folg.
7) **L. 3. L. 4. D. h. t.**

laufen [8]). Uebrigens ist, der richtigen Ansicht nach, die Befugniß zur Beitreibung der Hauptforderung etwas, was bei dem, einem Dritten verliehenen **Ususfructus nominis** nie fehlen darf. Denken wir uns daher z. B., daß Jemand in seinem Testamente einem Andern bloß die Zinsen eines gewissen Capitales vermacht, ohne ihm irgend eine Verfügung über das Capital selbst einzuräumen; so begründet das Vermächtniß keinen **Ususfructus nominis**, sondern das Legat ist ein bloßes **Legatum reditus** [9]).

§. 297.

β. Usus.

† **INST. II, 5.** † **DIG. VII, 8. De usu et habitatione.**

Im Deutschen haben wir keinen adäquaten technischen, allgemein anerkannten Ausdruck. Der Inhaber der Servitut wird **Usuarius** genannt.

Der **Usus** ist ein dem **Ususfructus** analoges Recht. Der Unterschied liegt darin, daß in dem **Usus** weniger enthalten ist, als in dem **Ususfructus** [1]). Es fragt sich daher, worin besteht dieses Wenigere?

Fassen wir den Begriff des **Usus** in seiner ursprünglichen Begrenzung auf, so finden wir, die beschränktere Natur des **Usus** gibt sich in zweierlei kund:

1. Der **Usuarius** hat kein Recht auf die Fruchtbenutzung [2]).

2. Der **Usus** ist noch strenger an die Person gebunden, als der **Ususfructus**. Der **Usuarius** darf selbst die Ausübung seines Rechts keinem Andern überlassen. Daß er es nicht darf gegen Entgelt, das ergibt sich schon daraus, daß er, wenn ihm dies verstattet wäre, civile Früchte gewinnen würde; er darf es aber auch nicht unentgeltlich [3]). Nur das erkannte man von je-

8) **L. 24. pr. D. d. usu et usufruct. et reditu etc. XXXIII, 2. L. 1. C. d. usufructu. III, 33.**

9) Siehe Glück a. a. O. S. 409. folg.

1) §. 1. I. h. t.: »Minus . . juris est in usu, quam in usufructu . . . . . .«

2) L. 2. pr. D. h. t.

3) cit. §. 1. in f. I. h. t. L. 11. in f. D. h. t.

her für zulässig, daß ein Mann an dem ihm zuständigen Usus auch seine Frau und seine Familie dürfe Theil nehmen lassen [4]).

In diesen Schranken ist der Usus seinem ursprünglichen Begriffe nach eingeschlossen. Aber man ist innerhalb dieser Schranken nicht stehen geblieben: man ist in beiden angegebenen Beziehungen davon abgewichen.

Ich will zuerst von den Abweichungen hinsichtlich der Ausschließung des Fruchtgenusses sprechen.

Da wo der bloße Usus für den Usuarius gar keine Vortheile mit sich führen, und also kein Interesse haben würde, da hat man demselben bald mehr, bald weniger das Recht der Fruchtbenutzung zugestanden.

Um das Nähere im Einzelnen angeben zu können, müssen wir den Usus an unverbrauchbaren Sachen unterscheiden von dem Usus an verbrauchbaren Sachen.

Was die unverbrauchbaren Sachen betrifft, so haben wir da wieder auf dreierlei Arten von Sachen Rücksicht zu nehmen:

1. Es gibt Gegenstände von der Art, daß an dem Ganzen ein reiner, wahrer Usus möglich ist — d. h. ein, der eigenthümlichen Bestimmung der Sache gemäßer, nicht auf Fruchtgenuß gerichteter, und dennoch dem Usuar vortheilhafter Gebrauch. Hier hat der Usuarius auf den Fruchtgenuß keinen Anspruch. Dahin gehört z. B. ein Wohngebäude, welches, seiner Größe nach, das Bedürfniß des Usuars nicht überschreitet. Hier bleibt aller Fruchtgenuß ausgeschlossen; der Usuar darf das Haus nicht vermiethen [5]). Ferner gehören hierher Thiere, welche zum Ziehen, Tragen, Reiten, Fahren gebraucht werden, z. B. Pferde [6]). Dasselbe gilt aber auch von anderen Thieren z. B. von Schafen: der Strenge nach soll hier der Usuar nur den Vortheil der Düngung haben; der Dünger nämlich wird nicht als Frucht betrachtet [7]). So ist es der Strenge nach. Indessen ist doch Ul-

4) L. 2. §. 1. init. L. 12. §. 5. D. h. t.
5) §. 2. I. h. t.
6) §. 3. I. h. t. L. 12. §. §. 3. 4. D. h. t.
7) §. 4. I. h. t.

pian der Meinung, einen mäßigen Gebrauch der Milch könne man dem Usuar bei Schafen wohl gestatten [8]).

2. Es gibt Sachen, von denen nur ein Theil für einen reinen wahren **Usus** geeignet ist, während die übrigen Theile so beschaffen sind, daß sie dem **Usuarius** ohne Fruchtgenuß keinen Vortheil gewähren können. Hier wird an diesen Theilen dem **Usuarius** ein gewisser Fruchtgenuß gestattet. So bei einem Landgute, also bei einem landwirthschaftlichen Grundstücke, worauf zugleich ein Wohngebäude steht. An dem Wohngebäude ist ein reiner **Usus** möglich; an den dazu gehörigen Aeckern, Wiesen, Waldungen aber nicht — und daher wird an diesen dem Usuar für sein eignes Bedürfniß, aber auch nicht weiter, der Fruchtgenuß eingeräumt. Das Maaß des Bedürfnisses bestimmt sich nach dem Stande des **Usuarius** [9]). Ferner gehört hieher ein Haus, welches zu groß ist für die Bedürfnisse des Usuars. Bei einem solchen Hause hat der Usuar das Recht, den überflüssigen Theil des Gebäudes zu vermiethen, und also von diesem **Fructus civiles** zu ziehen — vorausgesetzt nur, daß er zugleich selbst es bewohnt [10]). Und ferner darf auch nicht etwa der **Usus** ausdrücklich auf die Weise verliehen sein, daß der Usuar sich des Hauses nur insoweit bedienen soll, als es für seine eigenen Bedürfnisse erforderlich ist.

3. Eine dritte Classe von Gegenständen bilden diejenigen, an welchen ein wahrer **Usus** ganz unmöglich ist, indem sie lediglich für die Fruchtbenutzung bestimmt sind, wie z. B. ein bloßer Acker, ein bloßer Wald. An Gegenständen dieser Art sind **Usus** und **Ususfructus** einander gleich. Man betrachtet hier die Sache so, als ob derjenige, welcher einem Andern an Dingen dieser Art ein Recht unter dem Namen **Usus** verliehen hat, sich nur in dem Ausdrucke vergriffen habe [11]).

Der **Usus** an verbrauchbaren Sachen wird ganz als **Quasi - ususfructus** behandelt [12]).

8) In L. 12. §. 2. D. h. t.

9) cit. §. 1. I. h. t. L. 12. pr. et §. 1. D. h. t.

10) cit. L. 2. §. 1. D. h. t. in den Worten »Sed an etiam ..... inquilinum posse recipere.« L. 4. pr. D. eod.

11) L. 22. pr. D. h. t.

12) L. 5. §. 2. L. 10. §. 1. D. d. usufructu ear. rer., quae usu consumuntur etc. VII, 5.

Ich komme nun zu der Abweichung hinsichtlich der strengeren Beschränkung auf die Person.

Auch hier hat man in späterer Zeit in mehr als einer Beziehung von der ursprünglichen Strenge nachgelassen. So ist es einem Manne bei dem **Usus aedium** gestattet, außer seiner Frau und seiner Familie auch andere ihm nahe stehende Personen bei sich aufzunehmen; ja unter gewissen Voraussetzungen darf er sogar, wie wir bereits gesehen haben, vermiethen, und zwar an wen er will [13]). Hinsichtlich der Frauen behielt man die ursprüngliche Beschränkung auf die Person noch ziemlich lange bei; man versagte einer Frau sogar die Befugniß an dem ihr zuständigen **Usus** ihren Ehemann Theil nehmen zu lassen; später indessen gestattete man auch dies, und überhaupt machte man nun zwischen Frauen und Männern keinen Unterschied weiter [14]).

Was nun die Verbindlichkeiten des **Usuarius** betrifft, so ist auch er verbunden, die Sache wie ein **Bonus paterfamilias** zu gebrauchen, sie **finito usu** zu restituiren, und wegen des Einen, wie wegen des Andern Sicherheit zu leisten [15]).

Besondere Berücksichtigung verdient hier noch die Verbindlichkeit zur Bestreitung der Reparaturkosten und zur Abtragung der öffentlichen Abgaben. Die Billigkeit fordert, daß diese Lasten von dem **Usuarius** und von dem Proprietar nach Verhältniß des Vortheils, welchen der Eine oder der Andere von der Sache zieht, getragen werden. Hat der **Usuarius** den Vortheil allein, so wird der Proprietar gar nichts zu tragen haben — außerdem wird die Last auch auf ihn fallen, aber doch nur zum Theil. Das ist es, was die allgemeinen Grundsätze der Billigkeit und die Analogie des **Ususfructus** mit sich bringen. Indessen nach **L. 18. D. h. t.** müssen wir sagen: Wenn Jemand den **Usus** an einem Gebäude hat und zwar dergestalt, daß für den Proprietar ein Fruchtgenuß übrig bleibt, so fallen die Reparaturkosten dem Proprietar allein zur Last.

13) cit. §. 2. I. h. t. cit. L. 2. §. 1. D. h. t. in den Worten »An et cum libertis« u. s. w. L. 3. L. 5. D. eod.

14) L. 4. §. 1. L. 6. L. 7. L. 8. pr. L. 9. D. h. t.

15) L. 5. §. 1. L. 11. D. usufructuar. quemadm. cav. VII, 9.

§. 298.

γ. Habitatio.

† INST. II, 5. † DIG. VII, 8. De usu et habitatione. — † COD. III, 33. De usufructu et habitatione etc.

Der Begriff der **Habitatio** ist: ein Recht der Wohnung in einem fremden Gebäude. Die älteren Römischen Juristen waren über die rechtliche Natur der **Habitatio** nicht Einer Meinung. Einige hielten sie für einen eigenthümlich modificirten **Usus aedium** [1], Andere dagegen für einen eigenthümlich modificirten **Ususfructus aedium.** Diese Letzteren räumten daher auch dem, zur **Habitatio** Berechtigten die Befugniß ein, die Wohnung nach Willkür zu vermiethen [2]. Justinian aber will die **Habitatio** angesehen wissen, als ein eignes Recht für sich, welches weder **Ususfructus** sei noch auch **Usus** [3]. Da indessen Justinian dem Inhaber des Rechts die unbeschränkte Befugniß zu vermiethen beilegt, so ergibt sich hieraus, daß jeden Falls die **Habitatio** dem **Ususfructus** näher steht, als dem **Usus**, das Eigenthümliche der **Habitatio** liegt bloß darin, daß sie unter gewissen Voraussetzungen, unter denen andere persönliche Servituten verloren gehen, fortbestehet. Davon kann aber erst die Rede sein in dem Abschnitte von der Aufhebung der Servituten (§. 311—319.).

Uebrigens stoßen wir auch hier auf eine mit dem dinglichen Rechte verbundene **Obligatio** [4].

C. Von den Prädial-Servituten.

§. 299.

a. Im Allgemeinen.

† INST. II, 3. De servitutibus. — † DIG. VIII, 1. De servitutibus. VIII, 4. Communia praediorum tam urbanorum, quam rusticorum. — COD. III, 34. De servitutibus et aqua.

1. Alle Prädial-Servituten haben das mit einander gemein, daß jederzeit sowohl was das Subject, als was das Object

1) L. 10. pr. D. h. t.
2) §. 5. I. h. t. L. 13. C. h. t.
3) In der cit. L. 13. C. h. t.
4) L. 5. §. ult. D. usufructuar. quemadm. cav. VII, 9.

betrifft ein Grundstück vorausgesetzt wird. Immer sind es zwei **Praedia**, welche in dem Verhältnisse zu einander stehen, daß das Eigenthum an dem einen durch die Servitut erweitert wird, während das Eigenthum an dem andern durch sie beschränkt wird [1]).

Dasjenige Grundstück nun, dessen jedesmaligem Eigenthümer die Servitut zusteht, wird so bezeichnet: **Praedium cui servitus debetur, praedium cui servitur.** Die Neueren sagen: **Praedium dominans**, herrschendes Grundstück; dagegen heißt das andere Grundstück, auf welchem die Servitut lastet, **Praedium serviens**, auch **Praedium servum**, dienendes Grundstück.

2. Jede Servitut soll demjenigen, welchem sie zusteht, einen Vortheil gewähren §. 287. Bei Prädial-Servituten muß nun aber dieser Vortheil in einer speciellen Beziehung stehen zu dem herrschenden Grundstücke. Nämlich vor Allem muß er von der Beschaffenheit sein, daß dadurch der Werth des herrschenden Grundstücks für jeden beliebigen Eigenthümer erhöhet wird, und nicht etwa nur nach der individuellen Schätzung des gegenwärtigen Eigenthümers [2]). Damit soll nicht gesagt sein, daß eine Prädial-Servitut nur auf etwas gehen könne, was unmittelbar eigentlichen Nutzen gewährt: nein es kann sehr füglich die Servitut auf etwas gerichtet sein, was zunächst nur zur Annehmlichkeit dient [3]); aber es muß eine Annehmlichkeit sein, welche nach der herrschenden Ansicht, allgemein als eine solche anerkannt ist, und darum den Werth des herrschenden Grundstücks im Allgemeinen erhöht.

Außerdem gehört nun aber hierher auch noch dieses, daß der Umfang, in welchem eine Prädial-Servitut ausgeübt werden

1 §. 3. I. h. t. **L. 1. §. 1. D. communia praediorum. VIII, 4.** »Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt: nemo enim potest servitutem acquirere vel urbani, vel rustici praedii, nisi qui habet praedium.« Die Vulgata fügt hinzu: »nec quisquam servitutem debere, nisi qui habet praedium.« In einigen Ausgaben, namentlich bei Haloander, fehlt jener Zusatz, den die Institutionen a. a. O. haben.

2) Daraus erklärt sich **L. 8. pr. D. h. t.** »Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest.«

3) Denn siehe **L. 3. pr. D. d. aqua quotidiana et aestiva. XLIII, 20.**

darf, nicht durch das individuelle Interesse des Eigenthümers bestimmt wird, sondern durch das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks. Wenn daher z. B. mit einem Grundstücke das Recht verbunden ist, auf einem andern Grundstücke Steine zu brechen; so dürfen der Steine nur so viel gebrochen werden, als das Bedürfniß des herrschenden **Praedii** erfordert, nicht zu anderm Behuf, nicht zum Verkauf [4]).

3. Die Prädial-Servituten werden als Pertinenzen behandelt des herrschenden Grundstücks, als Eigenschaften desselben [5]). Und zwar als untrennbare Pertinenzen, so daß sie Jedem zustehen, welcher Eigenthümer wird [6]). Für sich allein kann sie der Regel nach nicht veräußert, ja nicht einmal verpachtet werden [7]). Und wie hiernach die Prädial-Servituten untrennbare **Commoda** des herrschenden Grundstücks sind — so ist eben so untrennbar von dem dienenden Grundstücke die correspondirende Last [8]).

4. Man pflegt bei Prädial-Servituten die Regel zu gebrauchen: »**Praedia debent esse vicina.**« Das Wahre, was hierbei zum Grunde liegt, ist dieses: das herrschende Grundstück und das dienende, beide müssen dergestalt gegen einander gelegen sein, daß das dienende dem herrschenden den beabsichtigten Vortheil in der That gewähren könne. Ob nun aber dazu unmittelbare Nähe erforderlich sei, das hängt von dem jedesmaligen besonderen Inhalte der Servitut ab. So bringt der Begriff der **Servitus oneris ferendi**, der **Servitus tigni immitendi**, der **Servitus stillicidii vel fluminis recipiendi** u. s. w. — es bringt, sage ich, der Begriff dieser Servituten es mit sich, daß die beiden **Praedia** unmittelbar neben einander liegen müssen. Dagegen ist dies für die **Servitus altius non tollendi** keineswegs erforderlich [9]). Eben so wenig wird eine Wegegerechtigkeit dadurch verhindert, daß die beiden **Praedia** durch einen öffentlichen Platz,

4) L. 5. §. 1. L. 6. L. 29. D. d. S. P. R. VIII, 3.

5) L. 86. D. d. V. S. »Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia, qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo.«

6) L. 23. §. 2. D. d. S. P. R. VIII, 3. L. 12. D. communia praedior. VIII, 4. L. 20. §. 1. D. d. A. R. D. XLI, 1. (S. §. 287. Note 9.)

7) L. 44. D. locati conducti. XIX, 2.

8) Siehe Note 6.

9) L. 4. §. ult. L. 5. L. 6. pr. D. si servitus vindicetur. VIII, 5.

oder durch eine Heerstraße, oder selbst durch einen öffentlichen Fluß getrennt sind, sobald nur über denselben eine Brücke geht, oder wenigstens eine Furth vorhanden ist [10]). Und auch außerdem ist der Mangel unmittelbarer Nähe für eine Wegegerechtigkeit nicht schlechthin, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen ein Hinderniß [11]). Mit dem Rechte des Wasserschöpfens, desgleichen mit dem Rechte der Wasserleitung verhält es sich auf eine ähnliche Weise, wie mit den Wegegerechtigkeiten, nur daß eine Wasserleitung über einen öffentlichen Platz oder eine Heerstraße hin nicht ohne besondere Erlaubniß des **Princeps** geführt werden darf [12]).

5. Nach den unten [13]) angeführten Stellen sollen die Prädial-Servituten **perpetuas causas** haben, d. h. die factischen Verhältnisse sollen von der Beschaffenheit sein, daß durch sie die Ausübung der Servitut auf die Dauer hinaus gesichert wird. Demgemäß wird in den angeführten Stellen unter Andern gesagt, das Recht einer Wasserleitung, desgleichen das Recht des Wasserschöpfens finde in Beziehung auf einen Teich, — d. h. einen solchen der keine Quelle hat — desgleichen in Beziehung auf eine bloße Cisterne, nicht Statt [14])

Unter unsern Neuern sind Mehre der Meinung, daß dieser Grundsatz im späteren Römischen Rechte nicht mehr beobachtet worden sei. Und allerdings scheinen dafür bestimmte Stellen [15]) zu sprechen. In der Theorie ward dieser Grundsatz noch aufgeführt — aber **in praxi** ward er nicht mehr berücksichtigt.

6. Daß Endtermine und Resolutivbedingungen eine Prädial-Servitut nicht aufheben, davon ist früher schon die Rede gewesen. S. §. 220. Nach der Stelle, welche diesen Satz ent-

10) **L. 1. pr. D. d. S. P. U. VIII, 2. L. 38. D. d. S. P. R. VIII, 3.**

11) Vgl. **L. 7. §. 1. D. communia praedior. VIII, 4. L. 17. §. 3. D. d. aq. et aquae pluv. XXXIX, 3.**

12) **L. 17. §. §. 2. 4. D. eod. XXXIX, 3. — L. 14. §. 2. D. h. t. L. 31. D. d. S. P. R. VIII, 3. L. 18. §. 1. D. d. aqua et aquae pluv. XXXIX, 3.**

13) **L. 28. D. d. S. P. U. VIII, 2. L. 23. §. 1. D. d. S. P. R. VIII, 3. L. 1. §. 5. D. d. aqua quotidiana etc. XLIII, 20. L. un. §. 4. D. d. fonte. XLIII, 22.**

14) **cit. L. 28. D. d. S. P. U. cit. L. un. §. 4. D. d. fonte.**

15) So **L. 9. D. d. S. P. R. VIII, 3. L. 2. D. communia praedior. VIII, 4.**

hielt [16]), sollen nun aber Prädial-Servituten auch nicht **ex die** und **sub conditione** constituirt werden können. Dies gilt indessen nicht allgemein: Denn daß man eine Prädial-Servitut **ex die** oder **sub conditione** begründen könne, ergibt sich aus einer andern Stelle [17]).

7. Von der Untheilbarkeit aller Prädial-Servituten ist schon im §. 289. gehandelt worden.

8. Eine den Prädial-Servituten eigenthümliche Eintheilung ist die in **Servitutes praediorum urbanorum** und in **Servitutes praediorum rusticorum**: städtische, ländliche Prädial-Servituten.

Die Eintheilung bezieht sich nicht, wie Einige gemeint haben, auf die Beschaffenheit des dienenden, sondern auf die Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks. Und zwar steht sie zu dieser in einer zweifachen Beziehung:

Erstens: In jedem einzelnen Falle heißt eine Servitut, die einem städtischen Grundstücke zusteht, eine **Servitus praedii urbani** [18]); eine solche aber, die einem ländlichen Grundstücke zusteht, eine **Servitus praedii rustici.** Dagegen versteht man

Zweitens, wenn von der Classification der Prädial-Servituten im Allgemeinen die Rede ist, unter **Servitutibus praediorum urbanorum** solche, die in der Regel einem **Praedio urbano** zustehen [19]), unter **Servitutibus praediorum rusticorum** aber diejenigen, die in der Regel mit einem **Praedio rustico** verbunden sind [20]). Daher werden z. B. die Wegegerechtigkeiten zu den **Servitutes praediorum rusticorum** gezählt, obschon sie auch mit **Praediis urbanis** verbunden sein können.

Unter einem **Praedio urbano** aber wird bei dieser Eintheilung jedes Gebäude verstanden, es stehe nun in der Stadt oder auf dem Lande [21]). **Praedium rusticum** dagegen ist jedes Grundstück, worauf kein Gebäude steht, oder wobei wenigstens das darauf befindliche Gebäude nur Nebensache ist.

16) **L. 4. pr. D. h. t.** (Vergl. §. 220. Note 5.)

17) **L. 3. D. d. servitute legata, XXXIII, 3.**

18) §. 1. I. h. t.

19) cit. §. 1. I. h. t. und **L. 2. D. d. S. P. U. VIII, 2.**

20) pr. et §. 2. I. h. t. **L. 1. pr. et §. 1. D. d. S. P. R. VIII, 3.**

21) cit. §. 1. I. h. t. Vgl. §. 74.

Aus dem Vorgetragenen erklärt sich die **L. 2. pr. D. d. S. P. R. VIII, 3.** [22]). Hier werden einige Servituten, die wir sonst in unsern Quellen überall unter den städtischen Prädial-Servituten aufgeführt finden, als ländliche Prädial-Servituten bezeichnet. Ohne Zweifel wollte der Jurist indessen nur dies andeuten, daß auch solche Servituten, die, der allgemeinen Classification nach, zu den städtischen gehören, im einzelnen Falle einem **Praedio rustico** zustehen können, und dann insofern Servituten eines **Praedii rustici** sind.

b. Einzelne Servituten.

α. Servitutes praediorum urbanorum.

† **DIG. VIII, 2. De servitutibus praediorum urbanorum.**

§. 300.

a. Affirmative.

Hierher gehören:

1. Die **Servitus oneris ferendi**; 2. die **Servitus tigni immittendi**, die einmal [1]) **Tigni immissi servitus**, in mehren andern Stellen [2]) **Servitus** oder **Jus immittendi** schlechthin genannt, und im Deutschen durch die Ausdrücke Balkenrecht, Tramrecht bezeichnet wird. Bei jener muß der Nachbar es sich gefallen lassen, daß die Last unseres Gebäudes auf seiner Wand, oder Säule ruhe [3]); bei dieser muß er es dulden, daß wir in seine Mauer einen Balken einlassen [4]). Beide Servituten also bezwecken die Belastung eines fremden Bauwerkes durch das unsrige, und sind insofern nicht wesentlich verschieden von einander. Wohl aber unterscheiden sie sich wesentlich dadurch, daß bei der **Servitus oneris ferendi** der Eigen-

22) (Neratius): »Rusticorum praediorum servitutes sunt, licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum; vel praetorium vel protectum habere licere.«

1) In der **L. 6. D. h. t.**

2) z. B. in **L. 18. §. 2. D. quemadmod. servitutes amittantur. VIII, 6. L. 6. D. si mensor fals. modum dixerit. XI, 6.**

3) **§. 1. I. d. servitutib. II, 3. L. 33. D. h. t. L. 6. §. 2. D. si servitus vindicetur etc. VIII, 5.**

4) **cit. §. 1. I. d. servitutibus. II, 3. L. 2. L. 6. D. h. t. L. 18. §. 2. D. quemadm. servitut. amittantur. VIII, 6.**

thümer des dienenden Grundstücks schuldig ist, die Wand oder Säule, auf welcher unser Gebäude ruht, in baulichem Stande zu erhalten [5]), während etwas Aehnliches weder bei der Servitus tigni immittendi, noch bei irgend einer andern Servitut vorkommt. In jener Verpflichtung nämlich liegt etwas von den allgemeinen Grundsätzen durchaus Abweichendes, da, diesen Grundsätzen zu Folge, der in seinem Eigenthumsrechte durch eine Servitut Beschränkte nie zu einer positiven Thätigkeit gehalten ist. (§. 287.). Deßhalb waren denn auch die älteren Römischen Juristen über die Zulässigkeit der erwähnten Anomalie getheilter Meinung; in späterer Zeit jedoch entschied man sich für dieselbe [6]). Uebrigens: obschon bei der **Servitus oneris ferendi** der Nachbar seine Wand oder Säule ausbessern muß, so ist er doch nicht verbunden, während der Ausbesserung, unser Gebäude zu stützen [7]).

3. Die **Servitus protegendi**; 4. die **Servitus projiciendi** [8]). Das Gemeinsame beider Servituten ist dieses: Der Nachbar muß es sich gefallen lassen, daß etwas nicht auf seinem Grundstücke Ruhendes [9]) zu unserm Gebäude Gehöriges in den Luftraum über seinen Grund und Boden hineinrage. Den Unterschied aber pflegt man so zu bestimmen: Die **Servitus protegendi** gibt nur das Recht, ein Wetterdach in des Nachbars Luftraum hineinragen zu lassen; die **Servitus projiciendi** dagegen gestattet ein Mehres [10]).

5. Die **Servitus stillicidii recipiendi**, welche auch **Servitus stillicidii** oder **stillicidiorum** schlechthin, ohne weitern Zusatz, genannt wird; 6. die **Servitus fluminis recipiendi** [11]). Im Deutschen pflegt man beide Servituten durch die gemeinsame Benennung Traufrecht zu bezeichnen. Beide nämlich kommen darin überein: Der Nachbar muß es leiden, daß das Regenwasser von unserm Dache auf seinen Grund

5) L. 33. D. h. t. L. 8. §. 2. D. si servitus vindicetur etc. VIII, 5.
6) cit. L. 6. §. 2. D. si servitus vindicetur etc. VIII, 5.
7) L. 8. pr. D. eod.
8) L. 2. D. h. t.
9) ſ. L. 212. §. 1. D. d. V. S.
10) Glück, X. S. 74. 75.
11) cit. §. 1. I. d. servitutib. II, 3. L. 17. §. 3. L. 20. §. §. 3—6. D. h. t.

und Boden herabfalle. Braucht er sich dies nur insofern gefallen zu lassen, als das Wasser tropfenweise herabfällt, so ist die Servitut eine **Servitus stillicidii recipiendi**; muß er es aber dulden, daß das Wasser sich aus einer Dachrinne auf seinen Grund und Boden ergießt, so ist die Servitut eine **Servitus fluminis recipiendi.** Uebrigens lassen sich beide Servituten auch so bezeichnen: **Servitus stillicidii oder fluminis avertendi, immittendi**; denn wie der Eigenthümer des dienenden Grundstücks zum **recipere, excipere, suscipere** verbunden ist [12]), so ist der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes zum **avertere, immittere** berechtiget [13]).

7. Die **Servitus cloacae**, oder das **Jus cloacae immittendae** [14]), d. h. das Recht, dem unreinen Wasser aus unserm Gebäude, mittelst eines dazu bestimmten Canals [15]), nach des Nachbars Grundstück Abfluß zu verschaffen.

8. Die **Servitus fumi immittendi** [16]); 9. die s. g. **Servitus cuniculi balnearii habendi** [17]). Jene besteht in dem Rechte, den Rauch aus unserm Gebäude; diese in dem Rechte, die Dünste aus unserm Badehause nach des Nachbars Grundstück abzuleiten.

10. Die s. g. **Servitus latrinae sive sterculinii**, d. h. das Recht, unmittelbar neben des Nachbars Wand eine Mistgrube zu haben [18]).

§. 301.

b. Negative.

Dergleichen sind unter andern:

1. Die **Servitus altius non tollendi**, oder das **Jus non extollendi** [1]). Diese Servitut kann bestehen in dem Rechte, zu verlangen, daß ein bereits vorhandenes benachbartes Gebäude entweder gar nicht, oder wenigstens nicht über ein ge-

12) cit. §. 1. I. d. servitutib. II, 3. cit. L. 17. §. 3. D. h. t.
13) L. 2. L. 28. D. h. t.
14) L. 7. D. d. servitutibus. VIII, 1.
15) Vgl. L. 1. §. 4. D. d. cloacis. XLIII, 23.
16) L. 8. §. §. 5. 6. D. si servitus vindicetur etc. VIII, 5.
17) cit. L. 8. §. 7. D. eod.
18) Vgl. L. 17. §. 2. D. eod. u. §. 226. Nr. 5.
1) §. 1. I. d. servitutib. II, 3. L. 2. D. h. t.

wisses Maß hinaus erhöhet werde; sie kann aber auch möglicher Weise darauf abzwecken, daß bei einem noch nicht vorhandenen Gebäude, Falls es aufgeführt werden sollte, eine gewisse Höhe nicht überschritten werde [2]).

2. Die **Servitus ne luminibus officiatur** [3]), d. h. das Recht, zu verlangen, daß der Nachbar Alles unterlasse, wodurch unserm Gebäude Licht entzogen werden könnte, gleichviel ob durch Erhöhung [4]), oder Erniedrigung [5]), eines ihm gehörigen Gebäudes, oder durch Anpflanzung von Bäumen [6]), u. s. w.

§. 302.

c. Solche, deren Bedeutung streitig ist.

Zu diesen gehören:

1. Die **Luminum servitus** [1]). Einige, z. B. **Donellus** [2]), halten sie mit der **Servitus ne luminibus officiatur** (s. d. vorig. §. Nr. 2.) für identisch. Diese Ansicht steht indessen in geradem Widerspruch mit der in Note 1. angeführten Stelle, welche die **Luminum servitus** und die **Servitus ne luminibus officiatur** einander ausdrücklich entgegensetzt. Daher sind denn auch die Meisten darüber einverstanden, daß die **Luminum servitus** eine von der **Servitus ne luminibus officiatur** verschiedene Servitut sei. In der schon angeführten **L. 4. D. h. t.** wird sie folgender Maßen beschrieben:

»Luminum servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat.«

Diese Worte werden aber verschieden gedeutet. **Feuerbach** z. B. legt sie so aus: **»Lumina nostra excipere«** heiße, das Licht, das sonst zu unserm Gebäude kommen würde, auffangen, abhalten; und sonach bestehe die **Luminum servitus** in dem Rechte auf den Schatten, den das nachbarliche Grundstück gibt [3]). **Gewöhnlich** indessen versteht man die Worte **»Lumina nostra«**

2) **L. 11. §. 1. L. 23. §. 1. D. h. t.**
3) **cit. §. 1. I. d. servitutib. II, 3. L. 4. D. h. t.**
4) **cit. L. 4. D. h. t.**
5) **L. 17. §. 2. D. h. t.**
6) **cit. L. 17. pr. D. h. t. u. s. w.**

1) **L. 4. D. h. t.**
2) **Commentar. jur. civ. L. XI. c. 5.**
3) **Feuerbach** Civilistische Versuche. Th. 1. Nr. 1.

von Fenstern, die unserm Gebäude Licht zuführen; die **Luminum servitus** selbst aber pflegt man mit dem in der **L. 40. D. h. t.** erwähnten Jus **luminis immittendi**, welches **Feuerbach** [4]) unter der Benennung Servitus **fenestrarum sive fenestrae** (den echten Quellen des Römischen Rechtes ist diese Benennung fremd) von der **Luminum servitus** unterscheidet, für gleichbedeutend zu halten, und als ein Recht zu betrachten, vermöge dessen es uns verstattet ist, zur Erhellung unseres Gebäudes in einer Wand, welche dem Nachbar entweder ausschließlich, oder mit uns gemeinschaftlich angehört (vergl. §. 289. Nr. 6.), Fenster zu haben [5]). Diese gewöhnliche Erklärung scheint im Ganzen genommen richtig, jedoch insofern zu beschränkt zu sein, als dabei eine ganz oder zum Theil fremde Wand vorausgesetzt wird: Denn es kann gesetzliche, lediglich auf das Interesse des Nachbars berechnete Bestimmungen geben — und die **L. 12. §. 3. C. de aedificiis privatis VIII, 10.** enthält dergleichen in der That, wie sie denn auch dem einheimischen Rechte nicht fremd sind, vergl. §. 226. Nr. 6. — denen zu Folge Jemand sogar in einer ihm selbst ausschließlich angehörigen Wand zur Erhellung seines Gebäudes nicht nach Willkür Fenster anlegen darf; und so kann also die **Luminum servitus** auch gedacht werden in Beziehung auf eine Wand, die in des Berechtigten ausschließlichem Eigenthum ist [6]).

2. Das **Jus prospiciendi** [7]), von den Neueren gewöhnlich **Servitus prospectus** genannt, und die **Servitus ne prospectui officiatur** [8]), oder, wie sie in der **L. 15. D. h. t.** bezeichnet wird, **ne prospectus** [9]) **offendatur.** Daß diese Servituten sich nicht bloß auf das Licht, sondern auf die Aussicht beziehen, daran ist kein Zweifel [10]). Verschiedener Meinung aber ist man darüber, ob und wie sich beide von einander unterscheiden. Viele, z. B. **Donellus** a. a. O. (s. Not. 2.), halten sie für Eines und Dasselbe, nämlich für das Recht, dem

4) a. a. O. S. 37. u. 42.
5) S. **Glück**, X. S. 94. und S. 108. folg.
6) S. **Mühlenbruch**, Pand. §. 278.
7) §. 2. I. d. actionib. IV, 6.
8) L. 3. D. h. t.
9) Der Cod. Flor. hat prospectui.
10) L. 15. L. 16. D. h. t.

Nachbar Alles zu untersagen, wodurch unserem Gebäude die Aussicht entzogen werden könnte. Diejenigen aber, welche einen Unterschied annehmen, bestimmen ihn nicht auf gleiche Weise. So z. B. will Hellfeld [11]) die **Servitus prospectus** auf die Aussicht in des Nachbars Grundstück beschränkt wissen, während die **Servitus ne prospectui officiatur** sich auf die Aussicht überhaupt beziehen soll. Dagegen versteht z. B. Westphal [12]) unter der **Servitus prospectus** das Recht, in einer fremden Wand Fenster zur Aussicht zu haben; unter der **Servitus ne prospectui officiatur** aber das Recht, dem Nachbar jede Veranstaltung zu untersagen, wodurch unserm Gebäude die Aussicht entzogen werden könnte. Diese Ansicht dürfte den Vorzug verdienen; jedoch mit der Modification, daß die **Servitus prospectus** auch in Beziehung auf eine gemeinschaftliche, oder dem Inhaber der Servitut allein und ausschließlich angehörige Wand [13]) gedacht werden kann [14]).

3. Die **Servitus stillicidii** oder **fluminis non recipiendi** [15]). Diese Servitut, sagt Glück [16]), kann auf zweierlei Art erklärt werden: „a) wenn man dem Nachbar verbieten kann, daß er das Regenwasser, welches auf sein Grundstück fällt, nicht auffangen darf, sondern uns solches zum Gebrauch und Nutzen unsers Grundstücks überlassen muß. b) Wenn man das Regenwasser eines Andern an einem Orte, wohin es sonst wegen besonderer Statuten fallen oder laufen dürfte, nicht aufzunehmen schuldig ist.“ Es ist dies die gewöhnliche Erklärung. Zeugnisse der Alten lassen sich indessen dafür nicht anführen; auch findet sich in den Römischen Rechtsquellen nirgend eine Andeutung davon, daß Jemand schon nach gesetzlicher Vorschrift gehalten sei, das von dem Dache des Nachbars herabfallende Regenwasser aufzunehmen. Dagegen haben wir das bestimmte Zeugniß des Theophilus [17]), daß unter der **Servitus stillicidii** oder **fluminis non recipiendi** die Befreiung von einer Servitus stil-

11) Jurisprud. forens. §. 672.
12) De libertate et servitutibus praediorum. §. §. 603. 604.
13) Vgl. L. 12. §. 3. C. d. aedific. privat. VIII, 10. u. §. 226. Nr. 6.
14) S. Mühlenbruch a. a. O.
15) §. 1. I. d. servitutib. II, 3.
16) Commentar, Th. X. S. 125.
17) ad §. 1. I. d. servitutib. II, 3.

licidii v. fluminis recipiendi zu verstehen sei [18]). Man muß sich die Sache so vorstellen: Wenn das Eigenthumsrecht an dem Gebäude A. durch eine damit verbundene, auf dem Grundstücke B. lastende Servitus stillicidii v. fluminis recipiendi über seine natürlichen Grenzen hinaus erweitert ist; so wird die vertragsmäßige Aufhebung jener Servitut aus dem Gesichtspunkte einer dem Grundstücke B. zu Statten kommenden, das erweiterte Eigenthumsrecht an dem Grundstücke A. beschränkenden Servitut aufgefaßt. Es ist nicht zu läugnen, daß diese Ansicht etwas Befremdendes hat; dies würde indessen weniger der Fall sein, wenn sich annehmen ließe, Theophilus habe sich nicht ganz genau ausgedrückt, und es sei das, was er sagt, nicht sowohl von der gänzlichen Aufhebung, als vielmehr nur von der bloßen Beschränkung einer vorhandenen Servitus stillicidii v. fluminis recipiendi zu verstehen. Uebrigens ist das Jus stillicidium non avertendi, dessen Ein mal [19]) Erwähnung geschieht, nichts Anderes, als eine Servitus stillicidii non recipiendi. Vergl. §. 300. Nr. 5. u. 6. z. E.

4. Die Servitus altius tollendi [20]). Einige [21]) halten diese Servitut für einerlei mit der Servitus altius non tollendi; Andere [22]) setzen sie in das Recht, des Nachbars Gebäude zu unserm Nutzen zu erhöhen: Beide Erklärungen stehen mit den angeführten Stellen im Widerspruch. Wieder Andere, z. B. Thibaut [23]), verstehen unter der Servitus altius tollendi das Recht, auf eigenem Grund und Boden höher zu bauen, als gesetzliche, bloß den Vortheil des Nachbars bezweckende Vorschriften es gestatten; und diese Erklärung ist, da wir solche gesetzliche Bestimmungen, wie sie voraussetzt, in der L. 12. §. §. 2 — 4. C. d. aedific. privat. VIII, 10. vorfinden (vergl. §. 226. Nr. 6.), nach neuerem Römischen Rechte wenigstens, nicht unstatthaft. Nicht weniger begründet aber ist Hugo's [24]) Ansicht, der

18) S. Hugo, Geschichte d. Röm. Rechts. 11te Aufl. S. 503. 504.
19) In der L. 2. D. h. t.
20) §. 2. I. d. actionib. IV, 6. L. 2. D. h. t. L. 7. §. 1. D. communia praedior. VIII, 4. L. 26. pr. D. d. exc. rei jud. XLIV, 2.
21) S. Glück, X. S. 86.
22) S. Glück a. a. O. S. 87.
23) Pandektenrecht. §. 753. I.
24) a. a. O. S. 503. 504.

die Servitus altius tollendi, nach der Analogie der Servitus stillicidii oder fluminis non recipiendi, in die Befreiung von einer früher vorhandenen Servitus altius non tollendi setzt [25]). Beide Erklärungen scheinen daher mit einander vereinigt werden zu können, wie dies denn auch von Glück [26]) und Andern mehr geschehen ist.

5. Das **Jus officiendi luminibus vicini**, dessen in der L. 2. D. h. t. Erwähnung geschieht. Feuerbach [27]) versteht diese Stelle so, wie wenn sie von einer Verpflichtung, Schatten zu gewähren, spräche. Allein es ist darin vielmehr von einem Rechte die Rede, dem Nachbar Licht zu entziehen; und das Richtige ist ohne Zweifel dies, dabei an die Befreiung von einer früher bestandenen **Servitus ne luminibus officiatur** zu denken [28]).

β. Servitutes praediorum rusticorum.

(§. §. 303—305.)

† DIG. VIII, 3. De servitutibus praediorum rusticorum.

§. 303.

a. Wegegerechtigkeiten.

Es gibt ein Recht des Wasserweges, eine **Servitus navigandi**, d. h. ein Recht, den See eines Andern zu durchschiffen, um nach unserm Grundstücke zu gelangen [1]). In der Regel aber beziehen die Wegegerechtigkeiten sich auf den Weg zu Lande; und dieser Wegegerechtigkeiten werden in den Quellen drei angeführt: **Iter, Actus, Via** [2]).

Bei dem **Iter** darf derjenige, welchem die Servitut zusteht, über des Andern Grundstück gehen, reiten, sich tragen lassen [3]). Weiter reichen seine Befugnisse nicht; ja es gehört nicht einmal wesentlich zu dem Begriffe dieser Servitut, daß sie alle angege-

25) Vgl. L. 21. D. h. t.
26) a. a. O. S. 77. folg.
27) a. a. O. S. 29.
28) S. Mackeldey, Lehrbuch. 10te Ausg. §. 289. Anm. r.

1) L. 23. §. 1. D. h. t.
2) pr. I. d. servitutib. II, 3. L. 1. pr. D. h. t.
3) cit. pr. I. d. servitutib. cit. L. 1. pr. L. 7. pr. L. 12. D. h. t.

bene Arten der Benutzung in sich vereinige; die eine oder die andere kann bei Bestellung der Servitut ausgeschlossen werden [4]).

Der **Actus** gewährt außer den schon im **Iter** enthaltenen Befugnissen auch noch das Recht, über das dienende Grundstück Vieh zu treiben und darüber zu fahren [5]). Ist jedoch dem Wege eine bestimmte Breite von solcher Beschränkung angewiesen, daß dadurch die Möglichkeit des Fahrens ausgeschlossen wird, so hebt dieser Mangel den Begriff des **Actus** nicht auf [6]). Uebrigens: ungeachtet die in dem **Iter** enthaltenen Befugnisse an und für sich unter dem **Actus** stillschweigend mitbegriffen sind, und, inwiefern es ihrer zur Ausübung der Viehtrift bedarf, auch nie davon getrennt sein können; so ist es doch zulässig, bei Verleihung des **Actus** eigens auszumachen, daß derjenige, welchem er eingeräumt wird, sich des Weges zum bloßen Gehen u. s. w. nicht solle bedienen dürfen [7]).

Der Ausdruck **Via** hat in den Quellen nicht selten die Bedeutung von "Weg", oder von "Wegegerechtigkeit überhaupt"; in der eigentlich technischen Bedeutung aber ist er beschränkt auf eine bestimmte Art von Wegegerechtigkeiten. Diese umfaßt nicht nur Alles, was in dem **Iter** und in dem **Actus** liegt [8]), sondern es macht überdies das Recht des Fahrens einen so wesentlichen Bestandtheil derselben aus, daß es daran niemals fehlen darf [9]). Ferner hat in der Regel derjenige, welchem die **Via** zusteht, das **Jus trahendi lapidem aut tignum** nebst dem **Jus rectam hastam ferendi**, während diese Befugnisse mit keiner der anderen Wegegerechtigkeiten verbunden sind: So wenigstens nach der Ansicht derjenigen Römischen Juristen, deren Meinung betrachtet werden muß als übergegangen in das Justinianische Recht [10]). Welche Bewandtniß es mit dem **Jus trahendi** habe,

4) **L. 4. §. 1. D. d. servitutib. VIII, 1.**

5) **cit. pr. I. d. servitutib. II, 3. cit. L. 1. pr. cit. L. 7. pr. cit. L. 12. D. h. t. L. 2. D. quemadm. servitut. amittantur. VIII, 6.**

6) **L. 13. D. d. servitutibus. VIII, 1.**

7) Faßt man, wie es Viele thun (s. Glück, X. S. 153. 154.), diesen Gesichtspunkt, so ist zwischen **L. 1. D. d. adimendis vel transferend. legat. etc. XXXIV, 4.** und **L. 4. §. 1. D. si servitus vindicetur etc. VIII, 5.** kein Widerstreit.

8) **cit. pr. I. d. servitutib. II, 3. cit. L. 1. pr. cit. L. 7. pr. D. h. t.**

9) **cit. L. 13. D. d. servitutib. VIII, 1. L. 23. pr. D. h. t.**

10) **cit. L. 7. pr. D. h. t.**

ergeben schon die Worte; es ist das Recht, auch zum Schleifen von Steinen und Bauholz sich des Weges zu bedienen. Zweifelhaft dagegen ist es, was eigentlich unter dem **Jus rectam hastam ferendi** zu verstehen sei: Die Einen bleiben streng bei den Worten, indem sie sich darunter das Recht denken, bei Benutzung des Weges eine Lanze oder Stange aufrecht zu tragen; Andere sehen darin das Recht, zu verlangen, daß der Weg in der Höhe so weit frei gehalten werde, als eine aufrecht getragene Lanze oder Stange reicht. Noch unterscheidet die Via sich von den übrigen Wegegerechtigkeiten dadurch, daß es in Bezug auf sie eine gesetzliche Bestimmung über die Breite des Weges gibt: der Weg soll da, wo er in gerader Richtung läuft, »**in porrectum**«, acht, da aber, wo er sich biegt, »**in anfractum**«, sechzehn Fuß halten [11]). Diese Vorschrift ist indessen nur subsidiär [12]); es bleibt der Privatwillkür überlassen, die Breite des Weges anders zu bestimmen, namentlich sie auf ein kleineres Maß zu beschränken; nur freilich versteht es sich, daß, wenn durch eine solche Beschränkung die Möglichkeit aufgehoben wird, den Weg zum Fahren zu benutzen, die Servitut keine Via mehr ist [13]).

Schon aus dem Bisherigen ergibt sich, daß die Autonomie auf die nähere Bestimmung der Befugnisse, welche die einzelnen Arten der Wegegerechtigkeiten ausmachen, nicht ohne Einfluß ist. Dieser Einfluß zeigt sich aber auch noch in mancher andern bisher nicht hervorgehobenen Beziehung. So kann z. B. die Benutzung des Weges an gewisse Zeiten gebunden, das Recht, Vieh zu treiben, auf gewisse Thiere, das Recht zu fahren auf gewisse Arten des Fuhrwerks beschränkt werden u. s. w. [14]).

Etwas Anderes, was ebenfalls bei allen Wegegerechtigkeiten vorkommt, ist die Frage nach der Richtung des Weges. Die Servitut kann eigens in der Art bestellt sein, daß es dem Berechtigten frei steht, den Weg über das dienende Grundstück in

11) **L. 8. L. 13. §. 2. D. h. t. L. 6. in f. D. quemadm. servitut. amittantur. VIII, 6.**

12) **L. 13. §. §. 2. 3. D. h. t.**

13) **cit. L. 23. pr. D. h. t.**

14) **cit. L. 4. §. 1. L. 5. §. 1. D. d. servitutib. VIII, 1. L. 14. D. communia praedior. etc. VIII, 4. L. 11. pr. D. quemadm. servitut. amittantur. VIII, 6.**

jeder beliebigen Richtung zu nehmen, und damit nach Gutdünken zu wechseln [15]). In der Regel aber ist der Berechtigte auf eine bestimmte Richtung beschränkt. Zwar hängt es, wenn über diese nicht schon bei Bestellung der Servitut etwas festgesetzt ist, von dem Inhaber der Servitut ab, ob er dem Wege diese oder jene Richtung geben will, vorausgesetzt nur, daß er ohne Noth keine für den Eigenthümer des dienenden Grundstückes besonders lästige wählt; hat er sich aber einmal entschieden, so darf er von der getroffenen Wahl nicht willkürlich abgehen. Führt die Ausübung dieses Wahlrechtes zum Streit, so tritt richterliche Bestimmung ein [16]). Diese Grundsätze gelten, wie aus den angeführten Stellen erhellt, nicht minder bei Bestellung einer Wegegerechtigkeit durch Vermächtniß, als bei Bestellung derselben unter Lebendigen. Nur wenn das Vermächtniß die Wegegerechtigkeit dem Legatar nicht unmittelbar verleiht, sondern dem Erben die Verpflichtung auferlegt, seiner Seits dem Legatar eine Wegegerechtigkeit zu constituiren; dann hängt allerdings die Richtung, Falls nicht schon der Testator sie vorgeschrieben hat, von der Bestimmung des Erben ab [17]).

Im Ganzen finden die Römischen Grundsätze über die Wegegerechtigkeiten unbestritten auch noch heutiges Tages Anwendung. Nur über einige Punkte ist man verschiedener Meinung, namentlich darüber, ob und inwieweit der Umfang der einzelnen Wegegerechtigkeiten nach jenen Grundsätzen zu beurtheilen sei. Die Römischen Bestimmungen hierüber hängen auf das Genaueste mit einem fest bestimmten technischen Sprachgebrauche zusammen. Dieser Sprachgebrauch ist indessen nicht der unsrige. Zwar sprechen auch wir von einem Recht des Fußsteiges, von einem Triftrecht, von einer Fahrwegsgerechtigkeit, und diese Ausdrücke sind den Römischen **Iter**, **Actus**, **Via** allerdings analog; aber daß sie damit völlig gleichbedeutend wären, läßt

15) L. 13. §. 1. D. h. t. in den Worten »Si totus ager . . . . . ut omnes glebae serviant.« L. 6. §. 1. D. quemadm. servitut. amittantur. VIII, 6. in den Worten »Ceterum si ita constitutum est . . . . . nihil prohibet.«

16) L. 9. D. d. servitutib. VIII, 1. L. 13. §. 1. D. h. t. in den Worten »At si iter actusve« u. s. w. cit. L. 13. §. 3. D. eod.

17) L. 26. D. h. t.

sich wohl nicht behaupten. So z. B. liegt in dem Worte Triftrecht nicht, wie in dem Römischen Ausdruck Actus, der Begriff einer Berechtigung zum Fahren. Daher scheinen diejenigen Recht zu haben, welche den Umfang unserer Wegegerechtigkeiten nicht sowohl nach den Grundsätzen des Römischen Rechtes, als vielmehr nach heutigem Sprachgebrauch und heutiger Gewohnheit beurtheilt wissen wollen.

§. 304.

b. Servituten, welche sich auf Leitung und Benutzung des Wassers beziehen.

Dahin gehört:

1. Der **Aquaeductus** oder die **Servitus aquae ducendae** [1]), im Deutschen Wasserleitungsgerechtigkeit, d. h. das Recht, aus einem fremden Grundstücke, oder wenigstens durch dasselbe Wasser nach unserm Grundstücke zu leiten. In der Regel darf der Berechtigte das Wasser nur in Röhren leiten; einen steinernen Canal anzulegen, hat er nicht anders das Recht, als wenn die Servitut eigens in dieser Art constituirt ist [2]). Daß bei Verleihung der Servitut der Ort, von welchem aus das Wasser geleitet werden soll, genau bezeichnet werde, ist gerade nicht nothwendig: Es kann Jemanden eine Servitut des Inhaltes constituirt werden »**ut aquam quaerere et inventam ducere liceat** [3])." Immer aber muß das Wasser in einer bestimmten Richtung geleitet werden, welche der Inhaber der Servitut nicht nach Willkür verändern darf. Darüber, wer die Richtung zu bestimmen habe, und wie sie zu bestimmen sei, gelten dieselben Grundsätze, wie bei den Wegegerechtigkeiten [4]). (Vergl. d. vorig. §.). Uebrigens können bei der **Servitus aquae ducendae** mancherlei Beschränkungen eintreten. Dahin gehört unter Anderem der Unterschied, welcher in den Quellen zwischen

1) pr. I. d. servitutib. II, 3. L. 1. pr. L. 9. D. h. t. L. 4. D. d. aqua quotidiana et aestiva. XLIII, 20.

2) L. 17. §. 1. D. d. aqua et aquae pluv. XXXIX, 3.

3) L. 10. D. h. t.

4) L. 9. in f. D. d. servitutib. VIII, 1. L. 21. L. 22. L. 26. D. h. t. L. ult. D. d. aqua quotid. etc. XLIII, 20.

quotidiana und aestiva aqua gemacht wird: Jener Ausdruck wird gebraucht, wo die Benutzung des Wassers an keine Jahreszeit gebunden; dieser, wo sie auf den Sommer beschränkt ist [5]). Aber auch nach Tagen und Stunden, desgleichen nach Maßen kann die Benutzung beschränkt sein [6]).

2. Die Servitus aquae educendae sive immittendae, wie man sie nennen mag [7]), d. h. das Recht, Wasser aus unserem Grundstücke nach einem fremden abzuleiten.

3. Der Aquaehaustus, oder die Servitus aquae hauriendae [8]), d. h. das Recht, auf einem fremden Grundstücke Wasser zu schöpfen. Das Recht eines Fußpfades, inwiefern es zur Ausübung dieser Servitut nothwendig ist, versteht sich dabei von selbst [9]). Auch hier aber können ähnliche Beschränkungen, wie bei dem Aquaeductus, vorkommen [10]).

4. Der Pecoris ad aquam appulsus, oder die Servitus pecoris ad aquam appellendi [11]), d. h. das Recht, unser Vieh auf dem Grundstücke eines Andern aus dessen Brunnen u. s. w. zu tränken. Inwieweit es dazu des Actus bedarf, ist dieser mit eingeschlossen [12]).

§. 305.

c. Uebrige hierher gehörige Servituten.

Diejenigen, deren in den Römischen Rechtsquellen Erwähnung geschieht, sind folgende:

1. Die Servitus pecoris pascendi, oder, wie sie auch genannt wird, die Servitus pascui, das Jus pascendi [1]), im Deutschen Hut- und Weidegerechtigkeit, d. h. das Recht, unser Vieh auf einem fremden Grundstücke zu weiden. Diese Servitut begreift, gleich der Servitus pecoris ad aquam appellendi, den Actus, soweit er eine nothwendige Bedingung

5) L. 1. §. §. 2. 3. D. d. aqua quotidiana et aestiva. XLIII, 20.
6) L. 2. L. 5. pr. D. eod. L. 2. §. 1. D. h. t.
7) L. 29. D. h. t. L. 8. §. 5. D. si servitus vindicetur etc. VIII, 5.
8) §. 2. I. d. servitutib. L. 1. §. 1. L. 9. D. h. t.
9) L. 3. §. 3. D. h. t.
10) L. 2. §. 1. D. h. t.
11) cit. §. 2. I. d. servitutib. cit. L. 1. §. 1. L. 4. L. 6. §. 1. D. h. t.
12) Argum. cit. L. 3. §. 3. D. h. t.
1) §. 2. I. d. servitutib. II, 3. L. 1. §. 1. L. 3. pr. L. 4. L. 6. §. 1. D. h. t.

ihrer Ausübung ist, stillschweigend in sich [2]). Die allgemeine Natur der Prädial-Servituten (§. 299.) bringt es übrigens mit sich, daß, wenn auch über die Anzahl des auf die Weide zu treibenden Viehs nichts besonders bestimmt ist, doch in keinem Falle mehr darauf getrieben werden darf, als der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes mit dem auf diesem erbaueten Futter durchzuwintern vermag [3]); außerdem würde der Vortheil der Servitut das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes übersteigen. Auch hat der Eigenthümer des dienenden Grundstückes, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil ausgemacht ist, jederzeit die Mithut [4]). Bei uns kommt die Hut- und Weidegerechtigkeit viel häufiger vor, als bei den Römern; daher denn auch die Theorie derselben bei uns mehr ins Einzelne hinein ausgebildet ist [5]).

2. Das Recht, aus einer fremden Holzung Pfähle für unsern Weinberg zu nehmen, welches in der **L. 6. §. 1. D. h. t.** so bezeichnet wird: »**Jus silvae caeduae, ut pedamenta in vineis non desint**« [6]). Heutiges Tages kommt das Recht, fremde Holzungen zu benutzen, in einer viel weiteren Ausdehnung vor [7]).

3—6. Das **Jus cretae eximendae**; das **Jus calcis coquendae**; das **Jus lapidis eximendi**; das **Jus arenae fodiendae** [8]). Die Bedeutung dieser Servituten ergibt sich aus der Benennung derselben von selbst.

7. Das Recht, die Früchte unseres Grundstückes in einem Gebäude des Nachbars unterzubringen und aufzubewahren [9]).

8. Das Recht, bei Benutzung unseres Steinbruches, Erde und Gerülle auf des Nachbars Grundstück zu werfen, oder auch die ausgebrochenen Steine selbst darauf zu wälzen und bis zur Versendung liegen zu lassen [10]).

9. Das mit der **Servitus pascui**, oder mit der **Servitus**

2) **Argum. L. 3. §. 3. D. h. t.**
3) Vgl. Glück, X. S. 173.
4) **Argum. L. 13. §. 1. D. communia praedior. VIII, 4. et L. 6. C. d. servitutib. etc. III, 34.**
5) S. Eichhorn, Einleit. in d. Deutsche Privatr. §. §. 179. 180. und Glück, X. S. 168. folg.
6) S. auch **L. 3. §. 1. D. h. t.**
7) S. Eichhorn a. a. O. §. 283.
8) **cit. §. 2. I. d. servitutib. cit. L. 1. §. 1. L. 5. §. 1. L. 6. D. h. t.**
9) **L. 3. §. 1. D. h. t.**
10) **L. 3. §. 2. D. h. t.**

pecoris ad aquam appellendi möglicher Weise verbundene Recht, auf dem Grundstücke des Andern eine Hütte zu haben [11]).

II. Erwerb der Servituten. (§. §. 306—310.)

§. 306.

A. Von dem Erwerbe der Servituten im Allgemeinen.

Bei dem Erwerbe des Eigenthums konnten wir unterscheiden zwischen ursprünglichem und abgeleitetem Erwerbe. Bei den persönlichen Servituten aber gibt es einen abgeleiteten Erwerb gar nicht — und bei den Prädial-Servituten nur insofern, als derjenige, welcher in das Eigenthum des herrschenden Grundstücks succedirt, zugleich Inhaber der damit verbundenen Servitut ist. Daher ist die Frage, worauf wir uns hier zu beschränken haben, diese: Wie kann eine Servitut da, wo noch keine vorhanden ist, entstehen? Hierüber nun ist im Allgemeinen Folgendes zu bemerken:

1. Eine Prädial-Servitut kann nur von demjenigen erworben werden, welcher Eigenthümer ist desjenigen Grundstücks, welches das herrschende werden soll [1]). Ueber den Fall da mehre Eigenthümer vorhanden sind, siehe §. 289.

2. Soll eine Servitut durch eine Privat-Willenserklärung constituirt werden, so ist der Regel nach zu einer solchen nur der Eigenthümer derjenigen Sache befugt, auf welcher fortan die Servitut lasten soll [2]). Sind der Eigenthümer mehre, so ist wieder auf die Untheilbarkeit der Servituten Rücksicht zu nehmen. Und auch in dieser Beziehung verweise ich auf den §. 289. Eine Ausnahme von unserer Regel findet Statt bei dem **Emphyteuta** und bei dem **Superficiarius** [3]). Eine von dem **Emphyteuta** oder **Superficiarius** constituirte Servitut ist allerdings keine **Servitus ipso jure constituta**, wohl aber eine die **tuitione Praeto-**

11) L. 6. in f. D. h. t. Vergl. L. 180. D. d. V. S.

1) §. 3. I. d. servitutib. II, 3. L. 1. §. 1. L. 8. D. communia praedior. etc. VIII, 4. Vergl. §. 299. Anm. 1.

2) cit. §. 3. I. d. servitutib. cit. L. 8. D. communia praedior. etc.

3) L. 1. pr. D. quib. mod. usus-fruct. etc. VII, 4. L. 1. §. ult. D. d. superficiebus. XLIII, 18.

ris consistit. Der Prätor gibt dem Inhaber der Servitut eine **Utilis actio.** Aber freilich hört eine solche Servitut auf, sobald das emphyteutische Recht oder das Recht des **Superficiarius** erlischt nach der Regel »**resoluto jure concedentis resolvitur jus accipientis.**« (S. §. 221.)

3. Ueber die Art und Weise der Entstehung ist Folgendes zu bemerken. Eine Servitut kann begründet werden:

erstens, durch Uebereinkunft (§. 307.);

zweitens, mittelst einer letztwilligen Erklärung.

Darüber gehört das Nähere in das Erbrecht. Hier wird Folgendes genügen:

Wenn Jemand in seinem letzten Willen einem Andern eine Servitut vermacht in Bezug auf eine Sache, die ihm, dem Testator, nicht gehört, so entsteht aus dem Vermächtniß eine bloße **Obligatio** zwischen dem Legatar auf der einen und dem Erben auf der andern Seite, vermöge deren jener von diesem fordern kann, daß er ihm die Servitut verschaffe. Also aus dem Vermächtnisse selbst entsteht die Servitut keinesweges; das Vermächtniß gibt nur die Veranlassung dazu. Dagegen: wenn Jemand an seiner eignen Sache einem Andern eine Servitut vermacht, so entsteht diese unmittelbar aus dem Vermächtniß, ohne alles Zuthun des Erben, vorausgesetzt nur, daß überhaupt des letztern Wille, in welchem das Vermächtniß enthalten ist, sich wirksam erweis't. Ist die Servitut **pure** angeordnet, so wird sie im Augenblicke der durch den Erben erworbenen Erbschaft entstehen; wie dem Erben der Erbschaft, so ist dem Legatar die Servitut erworben. Ist dagegen die Servitut angeordnet **ex die certo** oder **sub conditione**, so kann sie allerdings nicht eher erworben werden, als bis der Tag gekommen oder die Bedingung in Erfüllung gegangen ist [4]).

Diese Art der Begründung einer Servitut mittelst einer letztwilligen Erklärung kommt mit der zuerst bezeichneten darin über-

4) §. ult. I. d. servitutib. II, 3. §. 1. I. d. usufructu. II, 4. L. 3. pr. D. eod. Tit. Dig. De usu et usufructu etc. per legatum vel fideicommissum datis. XXXIII, 2. Tit. Dig. De servitute legata. XXXIII, 3.

ein, daß die Servitut in dem einen wie in dem andern Falle mittelst einer Privat-Willenserklärung entsteht. Eine Servitut kann aber auch entstehen unabhängig von einer solchen Erklärung.

Eine dritte Entstehungsweise der Servitut nämlich ist die, da die Servitut begründet ist durch unmittelbare gesetzliche Vorschrift. Diese Entstehungsweise kommt indessen nur bei Einer Servitut vor, nämlich bei dem **Usūsfructus**. Alle dahin gehörigen Fälle schlagen in das Familienrecht ein, in welchem davon ausführlicher gehandelt werden wird. Eine Uebersicht der hierher gehörigen Fälle mag aber schon hier Platz finden. Ein gesetzlicher Ususfructus kommt vor in folgenden Fällen:

A. Der Parens hat an den Adventitien der seiner Gewalt unterworfenen Descendenten den Nießbrauch. (§. 732.)

B. Desgleichen hat er den Nießbrauch an einem Kopftheile desjenigen, was Descendenten, die seiner Gewalt nicht unterworfen sind, von ihrer Mutter, Großmutter, Urgroßmutter ererben. (**L. 3. C. d. bonis maternis etc. VI, 60.**)

C. Dasjenige, was im Fall der Scheidung, wenn aus der geschiedenen Ehe keine Kinder da sind, der unschuldige Theil von dem Vermögen des schuldigen erhält, gehört, sobald Kinder vorhanden sind, diesen; aber der unschuldige Theil hat den Nießbrauch daran. (§.§. 708. 709.)

D. Wer sich wieder verheirathet, verliert die Proprietät desjenigen, was er der Freigebigkeit des früheren Ehegatten verdankt, an die aus der Ehe mit diesem vorhandenen Kinder; indessen behält er daran den Nießbrauch. Beerbt er eines der Kinder, die er aus früherer Ehe hat, **ab intestato**, so hat er an der Erbschaft, inwieweit der Bestand derselben sich aus dem Vermögen des früheren Ehegatten herschreibt, ebenfalls nur den Nießbrauch, während die Proprietät auf die übrigen aus derselben Ehe vorhandenen Kinder übergeht. (§. 712. **I. nr. 1. 2.**)

Viertens kann eine Servitut begründet werden durch Adjudication. (Davon im §. 308.)

Fünftens endlich kann eine Servitut erworben werden durch Ersitzung. (Davon in den §.§. 309 und 310.)

B. Insbesondere:

§. 307.

a. Von der Begründung einer Servitut durch Uebereinkunft.

Vor Allem muß ich bemerken, daß nach der Meinung einiger neueren Rechtsgelehrten die Begründung durch Uebereinkunft nicht bei allen Servituten zulässig sein soll: Nach der Ansicht dieser Rechtsgelehrten kann nämlich der **Quasi-ususfructus** zwar durch Vermächtniß, nicht aber durch eine Uebereinkunft unter Lebendigen constituirt werden. Die meisten Neuerrn sind jedoch entgegengesetzter Meinung, und zwar, wie es scheint, mit Recht.

Uebrigens kann die Begründung durch Uebereinkunft vorkommen in einer doppelten Gestalt:

1. Es kann geschehen, daß der Eigenthümer einer Sache sein Eigenthumsrecht auf einen Andern überträgt, und bei dieser Gelegenheit sich an der Sache eine Servitut vertragsmäßig vorbehält. Dafür brauchen die Römer folgende Ausdrücke: »**deducere servitutem**,« desgleichen »**detrahere, excipere, recipere servitutem.**« Nach vorjustinianischem Rechte bedurfte es indessen, wenn anders die vorbehaltene Servitut für eine **Servitus jure constituta** sollte gehalten werden können, einer feierlichen Uebertragung des Eigenthums durch **Mancipatio** oder **In jure cessio** [1]). Wenn Jemand das Eigenthum an einer Sache durch bloße Tradition auf einen Andern übertrug, und dabei sich eine Servitut vorbehielt, so war die Servitut nur eine **Servitus tuitione Praetoris constituta.** Im Justinianischen Rechte dagegen kommen jene feierlichen Formen überall nicht mehr vor, und die bloße Tradition hat bei Uebertragung des Eigenthums dieselben Wirkungen, welche früherhin jenen feierlichen Formen beigelegt wurden; daher ist denn nunmehr eine bei der Tradition einer Sache vorbehaltene Servitut eine **jure constituta** [2]).

2. Es kann nun aber auch die Uebereinkunft wegen der Servitut in der Art geschlossen werden, daß der Eigenthümer einer Sache an dieser einem Andern eine Servitut vertragsmäßig

1) Fragm. Vatic. §. 47. Gaj. II. §. 33.

2) L. 32. D. d. usufructu. VII, 1. L. 33. pr. D. d. S. P. R. VIII, 3.

verleiht. Dies bezeichnen die Römer durch die Ausdrücke: »dare, transferre servitutem.« Und hierbei nun ist unter den Neueren die Frage sehr streitig: ob zur Begründung einer Servitut durch Verleihung schon der bloße Vertrag hinreichend sei; oder ob noch etwas Anderes, namentlich, ob noch eine Quasi-traditio hinzukommen müsse? Der Streit hierüber ist besonders in der neuesten Zeit gerade, mit größter Lebhaftigkeit geführt worden.

Ich will nun zunächst die Meinung entwickeln, welche ich für die richtige halte.

Ehe ich indessen von dem Justinianischen Rechte in dieser Materie spreche, muß ich in der Kürze wenigstens anführen, wie es im vorjustinianischen Rechte gehalten wurde: denn das Justinianische Recht, obwohl abweichend von dem ältern, ist doch auf dieses gegründet und aus diesem zu erklären. Nach vorjustinianischem Rechte nun verhielt es sich so:

Von einer Verleihung, geeignet zur Begründung einer directen **Confessoria actio**, konnte überhaupt nur bei solchen Sachen die Rede sein, an welchen eine Servitut im strengen Sinne des Civilrechts möglich war; zu diesen Sachen aber gehörten die beweglichen alle, von den unbeweglichen dagegen nur Italische Grundstücke. Sollte nun an Sachen dieser Art eine Servitut **jure** durch Verleihung constituirt werden, so mußte dies auf eine feierliche Weise geschehen, entweder durch die **In jure cessio**, welche auf alle Servituten, oder durch **Mancipatio**, welche nur auf **Servitutes praediorum rusticorum** anwendbar war [3]).

An Provinzial-Grundstücken war eine Servitut im strengen Sinne des Civilrechts gar nicht möglich; durch die Verleihung einer Servitut an einem Provinzial-Grundstücke konnte daher auch niemals mehr bewirkt werden, als daß derjenige, welchem die Servitut verliehen wurde, eine **Utilis confessoria actio** gewann. Wie nun aber ward diese begründet? Darüber erklärt sich Gajus [4]) folgender Maßen: **In jure cessio und Mancipa-**

3) Gaj. II. §. §. 29—32.

4) Gaj. II. cit. §. 31.: ».... .. in provincialibus praediis sive quis usumfructum, si-

tio sind hier nicht anwendbar — sondern die Verleihung erfolgt durch bloße Uebereinkunft; »**pactionibus et stipulationibus**«, sagt Gajus.

Eine **Quasi-traditio** war im vorjustinianischen Rechte für die Begründung der **Confessoria actio** durchaus nicht erforderlich, weder in Beziehung auf die **utilis**, noch in Beziehung auf die **directa actio.** Nur wenn der Inhaber der Servitut sich der **Publiciana actio** sollte bedienen können, dann bedurfte es allerdings der **Quasi-traditio.**

Wie verhält sich nun zu diesem Rechte das Justinianische Recht?

Dem Justinianischen Rechte ist der Unterschied zwischen Provinzial-Grundstücken und Italischen Grundstücken fremd. An jenen ist eine **Servitus jure constituta** eben sowohl möglich, wie an diesen. Ferner: jene feierlichen Formen, die **In jure cessio** und die **Mancipatio** kommen, wie ich vorhin schon bemerkt habe, im Justinianischen Rechte auch nicht mehr vor. Schon **a priori** mögen wir daher erwarten, im Justinianischen Rechte die Art der Verleihung als die allgemeine anerkannt zu sehen, welche nach vorjustinianischem Rechte bei Provinzial-Grundstücken üblich war. Und diese Erwartung wird denn auch vollkommen bestätiget. In den unten [5]) angeführten Institutionenstellen sagt Justinian ganz allgemein und ohne Beschränkung auf gewisse Gegenstände: Wenn Jemand einem Andern, unter Lebendigen eine Servitut verleihen will, so geschieht dies durch **Pactiones** und **Stipulationes.** Von der Nothwendigkeit einer hinzukommenden **Quasi-traditio** sagt er nichts; und doch hätte er, wenn diese erforderlich gewesen wäre, einen so wesentlichen Punkt unmöglich mit Stillschweigen übergehen können. Hiermit stimmen denn auch mehre Stellen in den Pandekten, welche durch die Compi-

ve jus eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi, aut non tollendi ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest . . . . . «

5) §. 1. I. d. usufructu. II, 4.: ». . . . . Sine testamento vero si quis velit usumfructum alii constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet. . . . . « §. ult. I. d. servitutib. II, 3.: »Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet . . . . . «

latoren dem Justinianischen Rechte accommodirt sind, überein — namentlich die **L. 3. pr. D. d. usufructu. VII, 1.** [6]), in welcher die Compilatoren den Gajus von Grundstücken überhaupt sagen lassen, was dieser selbst ohne Zweifel nur von Provinzial-Grundstücken gesagt hatte, nämlich, daß der **Ususfructus** daran durch **pactiones et stipulationes** verliehen werden könne. — Allerdings kommen in den Pandekten auch Stellen vor, in welchen von Tradition die Rede ist [7]); aber wie im vorjustinianischen Rechte, so ist auch im Justinianischen die Tradition von Wichtigkeit nur für die Ausübung einer Servitut, und für die **Publiciana actio** — nicht aber für die Begründung des Rechts an sich, und für die **Confessoria actio.**

Nun aber ist noch ein Umstand zu berücksichtigen, nämlich dieser: Sowohl bei Gajus als bei Justinian ist von **Pactionibus und Stipulationibus** die Rede. Es fragt sich, was es damit, mit dieser Häufung von Verträgen für eine Bewandniß habe? Das eigentlich Wesentliche bei der Sache ist die **Pactio.** Unter dieser haben wir uns eine formlose Uebereinkunft zu denken, welche auf unmittelbare Einräumung der Servitut abzweckt, also einen dinglichen Vertrag, wie man zu sagen pflegt; nicht etwa einen obligatorischen, denn ein solcher würde nur eine Forderung begründen können. Dagegen ist nun aber nicht gerade als wesentlich zu betrachten die neben der **Pactio** genannte **Stipulatio.** Es war nämlich bei den Römern überhaupt gewöhnlich, die Ausübung einer Servitut dadurch sicher zu stellen, daß derjenige, welcher diese gewähren wollte, sich durch eine Stipulation anheischig machte, den Andern in der Ausübung der Servitut nicht zu stören, Falls er es aber dennoch thun sollte, ein Strafgeld zu erlegen. Und eine solche Pönal-Stipulation pflegte man denn namentlich auch bei der Verleihung einer Servitut einzugehen [8]). Die Verleihung der Servitut selbst lag

6) (Gajus Libro II. Rerum quotidianarum): »Omnium praediorum jure legati potest constitui usufructus . . . . . Et sine testamento si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.«

7) Dahin gehören **L. 11. §. 1. D. d. Publiciana i. r. act. VI, 2. L. 1. pr. D. quib. mod. usufruct, cet. VII, 4. L. 1. §. 2. D. d. S. P. R. VIII, 3.** (Vgl. §. 291.)

8) Hieher gehört **Theoph. II, 3. §. ult.**

in dieser Stipulation nicht; die Stipulation erzeugte nur ein obligatorisches Verhältniß, welches zu dem anderweitig begründeten dinglichen Rechte hinzukam, und hinzuzukommen pflegte, aber nicht nothwendig hinzugefügt werden mußte [9]).

Das Resultat aus allem Bisherigen ist dieses: Nach Justinianischem Rechte können Servituten durch bloßen Vertrag, nämlich durch einen s. g. dinglichen Vertrag constituirt werden. Eine Pönal-Stipulation hinzuzufügen ist gewöhnlich, aber nicht nothwendig. Und eben so wenig ist für die Begründung der Servitut **Quasi-traditio** erforderlich. Heutiges Tages kommt nun aber selbst jene, nach Justinianischem Rechte noch gewöhnliche, Pönal-Stipulation nicht mehr vor. Dieses Resultat hat nun auch durchaus nichts Befremdendes. Servituten sind gar nicht die einzigen dinglichen Rechte, welche durch bloße Uebereinkunft begründet werden können: bei der Emphyteusis, bei der Superficies, bei der Hypothek ist es ganz eben so.

Dies ist diejenige Ansicht, welche ich für die richtige halte. Ein Verzeichniß neuerer Schriftsteller, welche, im Wesentlichen wenigstens, dieselbe Ansicht vertheidigt haben, findet sich unten angeführt [10]).

Nun muß ich aber noch ganz kurz wenigstens auch die abweichenden Ansichten bezeichnen.

Die ehemals herrschende Ansicht, die sich beinahe ohne Ausnahme bei allen ältern Schriftstellern findet, war die, daß im Allgemeinen der bloße Vertrag nur eine Forderung gewähre, vermöge welcher der Berechtigte Bestellung der Servitut verlangen könne; daß aber zu dieser Bestellung selbst, also zur Hervorbringung des beabsichtigten dinglichen Rechts, **Quasi-traditio** erforderlich sei. Nur die negativen Servituten sollen von dieser Regel eine Ausnahme machen: hier soll es der **Quasi-traditio** nicht bedürfen. Diese Ansicht gründet sich vornämlich:

9) Vergl. **L. 36. D. d. S. P. R. VIII, 3.**

10) **Ed. Jos. Schmidtlein, De servitutibus per pactum constituendis. Gotting. 1823. 8.** — Derselbe, Ueber die Errichtung der Servituten durch Vertrag; im Archiv für die civilist. Praxis. **Bd. IX.** S. 145. folg. — A. L. J. Michelsen, Servituten können durch bloßen Vertrag bestellt werden; ebendaselbst, **Bd. VIII.** S. 362. folg. — Hasse, Von der Bestellung der Servituten durch simple Verträge und Stipulationen; im Rhein. Museum. Jahrg. **I.** S. 64. folg.

1. auf jene falsche Theorie von Titulus und Modus acquirendi, deren im §. 219. gedacht worden ist;

2. auf eine unrichtige Interpretation derjenigen Stellen, die in Bezug auf Servituten der Tradition erwähnen. Die Stellen, welche bloß von Pactionibus und Stipulationibus sprechen, namentlich die vorhin (Note 5.) angeführten Institutionenstellen, sucht man auf folgende Weise zu beseitigen: Entweder man behauptet, diese Stellen sprächen überall nicht von der wirklichen Bestellung der Servituten, sondern nur von einer diese vorbereitenden **Obligatio**. Oder man sagt, die Tradition müsse, als etwas sich von selbst Verstehendes, hinzugedacht werden.

Diese ehemals herrschende Ansicht wird übrigens auch noch von einigen der neuesten Schriftsteller festgehalten [11]).

Eine ganz eigenthümliche Ansicht hat Zimmern aufgestellt [12]). Sie ist indessen gewiß von allen die am wenigsten haltbare, weshalb sie auch von den verschiedensten Seiten her angefochten ist. Auch scheint Zimmern selbst in späterer Zeit dieselbe aufgegeben zu haben. Sie unterscheidet sich von der eben bezeichneten darin: Bei affirmativen Servituten soll zwar nach Justinianischem Rechte in der Regel **Quasi-traditio** erforderlich sein — aber jene Pönal-Stipulation, deren ich vorhin erwähnt habe, soll die Stelle derselben vertreten können.

§. 308.

b. Von der Begründung einer Servitut durch Adjudication.

Wir haben gesehen, daß bei den Theilungsklagen der Richter durch seinen bloßen Ausspruch dem Einen oder dem Andern ausschließliches Eigenthum geben kann; eben so kann er nun aber auch, zum Behuf der Auseinandersetzung, Servituten, sowohl Personal- als Prädial-Servituten anordnen, ohne daß es zur Begründung derselben etwas Weiteren bedürfte, als seines Ausspruches, als der Adjudication [1]). Dabei versteht es sich von

11) Ich verweise deshalb auf Francke, Civilistische Abhandlungen. S. 129. folg.

12) Archiv für d. civilist. Praxis. Bd. VII. S. 309. folg.

1) L. 6. §. 1. D. d. usufructu. VII, 1. L. 22. §. 3. D. familiae herciscundae. X, 2.

selbst, daß der Richter nur solche Sachen belasten kann, welche Gegenstände der Auseinandersetzung sind [2]). Ferner aber ist zu bemerken: Will der Richter eine Sache, deren ausschließliches Eigenthum er Jemanden zuerkennt, mit einer Servitut belasten, so muß er die Anordnung der Servitut gleich mit der Zuerkennung des Eigenthums verbinden; hat er dieses einmal schlechthin zuerkannt, so kann er es hinterdrein durch keine Servitut mehr beschränken [3]).

c. Von der Ersitzung der Servituten.

§. 309.

a. Einleitung.

In früherer Zeit wandten die Römischen Rechtsgelehrten die Grundsätze, welche für den Eigenthumserwerb durch Usucapion galten, auch auf den Erwerb der Servituten an. In welchem Maße dies geschah, wissen wir allerdings nicht. Später ward indessen die Anwendung jener Grundsätze auf Servituten durch eine **Lex** förmlich aufgehoben, nämlich durch die **Lex Scribonia** [1]). Hieraus erklären sich die Stellen der Pandekten, in welchen gesagt wird, Servituten könnten nicht usucapirt werden [2]).

Indessen gibt es nun doch auch für sie eine erwerbende Verjährung; nur ist diese eine Ersitzung eigenthümlicher Art. Sie wird daher auch in den darauf Bezug habenden Stellen bald **diuturnus usus**, bald **longa quasi possessio, longa consuetudo** [3]), einmal auch **longi temporis consuetudo** [4]), und die so erworbene Servitut »**Servitus exemplo rerum immobilium tempore quaesita**« [5]) genannt.

2) L. 18. D. communi divid. X, 3.

3) cit. L. 22. §. 3. D. familiae herciscundae.

1) S. L. 4. §. ult. D d. usurp. et usucap. XLI, 3.

2) L. 14. pr. D. d. servitutib. VIII, 1. L. 10. §. 1. D. d. usurp. et usucap. XLI, 3.

3) L. 10. pr. D. si servitus vindicetur etc. VIII, 5. Vergl. L. 1. §. ult. D. d. aqua et aquae pluv. XXXIX, 3. in den Worten »Sane enim et in servitutibus . . . . . videatur.« L. 5. §. 3. D. d. itinere actuque privato. XLIII, 19. L. ult. in f. C. d. praescript. longi tempor. VII, 33.

4) L. 1. C. d. servitutib. III, 34.

5) L. 2. C. eod.

Ich habe diese Ersitzung eine erwerbende Verjährung genannt. Der fortgesetzte Besitz gewährt nämlich nicht etwa nur eine **Temporis exceptio**, sondern er begründet eine **In rem actio**. Allerdings wird, wie ich auch schon im §. 290. angeführt habe, eine durch Ersitzung begründete Servitut nicht als eine **Servitus jure constituta** betrachtet; aber sie kann wenigstens mittelst einer **Utilis confessoria actio** geltend gemacht werden [6]).

Uebrigens findet nach der herrschenden, meiner Ueberzeugung zu Folge richtigen Ansicht, die **Longi temporis consuetudo** Anwendung auf Servituten jeder Art, sobald es nur Servituten im eigentlichen Sinne sind, daher mit Ausnahme des **Quasi-ususfructus**. Ich darf indessen nicht unbemerkt lassen, daß einige Neuere die erwerbende Verjährung bei persönlichen Servituten nicht wollen gelten lassen [7]).

§. 310.

β. Einzelne Erfordernisse.

I. Wirkliche Erfordernisse.

Zuerst und vor Allem wird Besitz der zu erwerbenden Servitut erfordert — nämlich **Quasi-possessio** [1]). Diese setzt aber wieder zunächst ein gewisses äußerliches Verhältniß voraus. Ich verweise deshalb im Allgemeinen auf den §. 216. Zu dem dort Gesagten habe ich hier nur folgende Bemerkung hinzuzufügen: die **Quasi-possessio** läßt, gleich der **Possessio**, Stellvertretung zu; aber bei Prädial-Servituten kommen dem Besitzer des Grundstücks, welches als das herrschende betrachtet werden soll, selbst Handlungen solcher Personen zu Statten, die zur Stellvertretung keinen besonderen Beruf haben [2]). So z. B. wenn Jemand, der in gar keinem näheren Verhältnisse zu mir steht,

6) **cit. L. 10. pr. D. si servitus vindicetur etc. VIII, 5.**

7) Hierüber ist nachzusehen: Unterholzner, Ausführl. Entwickel. der Verjährungslehre. §. 207.

1) **L. 10. pr. D. si servitus vindicetur etc. VIII, 5. L. 1. §. ult. D. d. aqua et aquae pluv. etc. XXXIX, 3. L. 5. §. 3. D. d. itinere actuque privato. XLIII, 19. L. 1. C. d. servitutib. III, 34.**

2) **L. 1. §. 7. L. 3. §. 4. D. d. itinere actuque priv. XLIII, 19.** Vgl. Unterholzner, Ausführliche Entwickel. d. Verjährungsl. §. 194.

sich eines von meinem Grundstücke aus durch das eines Andern führenden Fußpfades bedient.

Dies äußerliche Verhältniß allein genügt indessen nicht — sondern es muß damit zugleich verbunden sein die Absicht, ein Recht auszuüben [3]).

Zweitens wird erfordert, daß die Servitut ausgeübt sei weder gewaltsamer Weise, noch auch heimlich, noch auf den Grund einer bloß bittweise erlangten, nach Willkür widerruflichen Vergünstigung. Die Römer drücken das so aus: derjenige nur erwerbe, »**qui usus est non vi, non clam, non precario** [4]).

Drittens fragt es sich, ob **Bona fides** erfordert werde? Einige Neuere haben gemeint, die Nothwendigkeit der **Bona fides** ergebe sich aus dem Erfordernisse, von welchem nur so eben die Rede war, von selbst. Aber dies ist ganz unrichtig. Es kann Jemand sehr füglich eine Servitut **nec vi, nec clam, nec precario** ausüben, und nichts desto weniger überzeugt sein, daß er das Recht der Servitut nicht habe. Wenn also **Bona fides** nothwendig ist, so liegt darin ein selbstständiges Erforderniß. Im Römischen Rechte nun wird dieses Erforderniß nirgend aufgestellt [5]). Nach Canonischem Rechte aber ist allerdings **Bona fides** unerläßlich [6]). Hiernach richten wir uns heutiges Tages.

Viertens: die Ausübung der Servitut muß eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzt sein. Es fragt sich, wie lange?

Fast alle Stellen, welche von der Ersitzung der Servitut handeln, sprechen von einem **Diuturnus usus, non minus longa possessio**, von einem **longum tempus** [7]). Unter diesem **longum tempus** wollen einige Neuere eine unbestimmt lange Zeit verstehen; es soll in jedem einzelnen Falle von dem **Arbitrium judicis** abhängen, ob der Statt gehabte Verlauf der Zeit genüge oder nicht. Diese Meinung ist indessen von Unterholz-

3) **L. 1. §. 6. L. 7. D. eod.**

4) **cit. L. 10. pr. D. si servitus vindicetur etc. VIII, 5. cit. L. 1. §. ult. D. d. aqua et aquae pluv. XXXIX, 3. cit. L. 1. C. d. servitutib. III, 34.** Vis ist hier ganz zu nehmen wie bei dem **Interdictum quod vi aut clam.** Siehe Unterholzner a. a. O. §. 215.

5) Siehe Unterholzner a. a. O. §. 211.

6) **c. 20. X. d. praescriptionib. II, 26.**

7) Siehe die Stellen der Note 1.

ner vollständig widerlegt worden [8]). Der Ausdruck **Longum tempus** hat auch hier die bekannte technische Bedeutung: es werden zehn oder zwanzig Jahre erfordert; zehn, wenn die Servitut gegen einen Anwesenden, zwanzig, wenn sie gegen einen Abwesenden erworben werden soll. Anwesenheit und Abwesenheit sind aber hier ganz nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen, die Justinian in Bezug auf die Usucapion des Eigenthums aufgestellt hat [9]).

Auch darin zeigt sich eine Uebereinstimmung mit der Eigenthumsersitzung, daß, wenigstens der richtigen Ansicht nach, bei Prädial-Servituten Zusammenrechnung des Besitzes Statt finden kann. Z. B. ich bin Eigenthümer eines Grundstücks und übe in Bezug auf ein benachbartes Grundstück fünf Jahre lang eine Prädial-Servitut aus. Nun verkaufe ich mein Grundstück, und der Käufer übt die Servitut ebenfalls fünf Jahre hindurch aus: dann kommen meine fünf Jahre ihm zu Statten, und so sind nun die zehn Jahre, worauf es unter Anwesenden ankommt, erfüllt.

Zuletzt muß ich noch mit Einem Worte wenigstens anführen, daß mehre ältere Praktiker bei **Servitutibus discontinuis** unvordenklichen Besitz erfordern. Heutiges Tags ist diese Ansicht allgemein als unrichtig anerkannt.

Fünftens: es darf keine Unterbrechung eingetreten sein, weder was die Ausübung an sich, noch was die Art und Weise derselben betrifft. Ich sage, die Ausübung an sich. Dabei ist nun aber zu erwägen, daß eine, im strengen Sinne des Worts ununterbrochene Ausübung bei vielen Servituten unmöglich ist. Es gilt dies namentlich von den meisten **Servitutes**

8) Unterholzner, Ausführliche Entwickel. d. Verjährungsl. §. 199.

9) **L. ult. C. d. praescription. longi temp. VII, 33.** Der Zweck dieser Justinianischen Verordnung ist, in Bezug auf die Verjährung, inwieweit dazu ein longum tempus im technischen Sinne des Wortes erfordert wird, die Begriffe von Anwesenheit und Abwesenheit zu bestimmen. Zunächst geschieht dies hinsichtlich des Falles, da der Besitzer eines Grundstückes sich gegen den Eigenthümer, oder gegen den Pfandgläubiger der **Longi temporis praescriptio** bedienen will. Dann aber heißt es am Schluß der Verordnung: »**Eodem observando etsi res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt, veluti ususfructus et ceterae servitutes.**«

praediorum rusticorum, z. B. von der Wegegerechtigkeit. Bei Servituten dieser Art muß es genügen, wenn nur die einzelnen Handlungen der Ausübung nicht durch ungewöhnlich lange Zwischenräume getrennt sind.

Ich sagte ferner: es dürfen auch keine Unterbrechungen eintreten hinsichtlich der Art und Weise der Ausübung. Sobald daher die Servitut auch nur ein einziges Mal gewaltthätiger Weise, oder heimlich, oder bloß bittweise ausgeübt wird, so ist die Ersitzung unterbrochen. Ferner: die **Bona fides**, welche das Canonische Recht erfordert, muß eine unausgesetzte sein; hört also die **Bona fides** auf, so ist damit die Ersitzung ebenfalls unterbrochen.

Sechstens: wir haben zu seiner Zeit gesehen, daß es bei der Ersitzung des Eigenthums auch auf die Beschaffenheit der Sache ankommt, an welcher Eigenthum ersessen werden soll. Es fragt sich — verhält es sich bei der Ersitzung der Servituten auch so?

Denken wir uns eine Sache, an welcher Eigenthum gar nicht ersessen werden kann. Hier läßt sich sagen: Eine Servitut ist nur ein Stück des Eigenthums, mithin muß bei dieser Sache auch die Ersitzung einer Servitut für unstatthaft gehalten werden.

Wie nun aber bei Sachen, die nur von der ordentlichen Eigenthumsersitzung ausgeschlossen sind?

Beruht diese Ausschließung auf einem Veräußerungsverbote, so kommt in Betracht: einmal, daß die Verleihung einer Servitut auch eine Veräußerung ist — sodann, daß das Zulassen der Ersitzung einer Verleihung gleich geachtet wird. Ich erinnere hier an den §. 262. Diesem zu Folge sind also die Veräußerungsverbote auch für die Ersitzung der Servituten von Bedeutung.

Von andern Verboten der ordentlichen Eigenthumsersitzung läßt sich, meiner Ansicht nach, nicht dasselbe behaupten. Man pflegt indessen auch sie in der Lehre von der Ersitzung der Servituten zu berücksichtigen.

Nun aber bleibt noch die Frage übrig: Wenn es so ist,

daß auch die Bestimmungen in Betracht kommen, welche nur die ordentliche Ersitzung des Eigenthums ausschließen — können da an Sachen, die unter diesen Bestimmungen begriffen sind, Servituten gar nicht ersessen werden, oder bedarf es nur etwa eines längeren Besitzes? Das Erste dürfte das Richtigere sein — aber es ist dies nicht die gewöhnliche Meinung. Nach der herrschenden Ansicht findet Ersitzung Statt, aber es sind dreißig oder mehr Jahre erforderlich, wie bei der Eigenthumsersitzung.

Ich muß jetzt auch noch sprechen

II. von gewissen bloß angeblichen Erfordernissen.

1. Einige halten dafür, es sei nothwendig, daß der Eigenthümer der Sache, woran die Servitut erworben werden soll, um die Ausübung der Servitut wisse. Aus dem Erfordernisse eines nicht heimlichen Besitzes folgt dies noch keineswegs; denn ich kann etwas ganz offenbar thun, ganz ohne Absicht meine Handlung vor irgend Jemanden zu verheimlichen, und doch kann es geschehen, daß derjenige grade, welcher ein besonderes Interesse hätte, von dem, was ich gethan, unterrichtet zu sein, keine Kunde davon erhält. Aber man pflegt sich auf eine Stelle des Codex [10]) zu berufen, in welcher es heißt: „Wenn du auf dem Grundstück des **Martialis** mit dessen Vorwissen eine Wasserleitung gehabt hast, so hast du dadurch die Servitut nach dem Beispiel unbeweglicher Sachen ersessen.“

Hier nun ist allerdings von einer Wissenschaft des Eigenthümers die Rede — allein wir müssen zugleich bedenken, daß wir es nicht mit einem Edicte, sondern mit einem bloßen Rescripte zu thun haben. In dem besondern Falle, auf welchen das Rescript sich bezieht, hatte der Eigenthümer Kenntniß von der Ausübung der Servitut, und dadurch ward der Umstand außer allen Zweifel gesetzt, daß der Anfragende nicht heimlich besitze. Eben deswegen hob denn auch das Rescript diese **Scientia domini** besonders hervor — aber daraus folgt noch immer

10) **L. 2. C. d. servitutib. III, 34.: »Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti . . . . .«** Vgl. Unterholzner a. a. O. §. 212.

nicht, daß dieser Umstand die **Conditio sine qua non** sei der Entscheidung. In keiner andern Stelle geschieht der **Scientia domini** Erwähnung — immer nur ist davon die Rede, daß Einer **nec vi, nec clam, nec precario** eine lange Zeit hindurch besitzen müsse. Daher ist die Meinung derjenigen ohne Zweifel die richtige, welche die Nothwendigkeit jenes Wissens von Seiten des Eigenthümers läugnen.

2. Viele behaupten, die Ersitzung der Servituten erfordere einen rechtmäßigen Titel.

Für das Römische Recht leiten sie dies Erforderniß ab, theils aus der in der Note 9., theils aus der in der Note 10. angeführten Stelle.

Mit der ersteren Stelle (Note 9.) verhält es sich so: Es ist darin zunächst von der **Longi temporis praescriptio** gegen den Eigenthümer oder Pfandgläubiger die Rede. Dabei geschieht denn beiläufig auch des Umstandes Erwähnung, daß die **Longi temporis praescriptio** ein **bonum initium possessionis** erfordere. Dann aber heißt es am Schlusse: Bei der Verjährung der Servituten sei es eben so zu halten, wie bei der **Longi temporis praescriptio**. Hierauf gründen nun diejenigen, deren Meinung ich jetzt anführe, folgendes Räsonnement: Soll es bei Verjährung der Servituten eben so sein, wie bei der **Longi temporis praescriptio**, so bedarf es eben auch eines **boni initii**; dieses aber setzt wieder eine **justa causa** voraus — und sonach darf es bei der Ersitzung der Servituten an dieser, also an einer **justa causa**, nicht fehlen. Dieses ganze Räsonnement ist aber durchaus falsch. Die Gleichstellung der Servituten-Verjährung mit der **Longi temporis praescriptio** bezieht sich bloß auf die Begriffe von Anwesenheit und Abwesenheit. Diese festzustellen ist, wie dies auch in der angeführten Note 9. bemerkt ist, der einzige Zweck der Constitution; die ganz beiläufige Erwähnung eines **boni initii** bei der **Longi temporis praescriptio** kann daher gar nicht in Betracht kommen. Und käme sie auch in Betracht, so würde doch immer noch nicht folgen, daß das **bonum initium** bei der Ersitzung der Servituten von derselben Art sein müßte, wie bei der **Longi temporis praescriptio**.

In der in der Note 10. abgedruckten Stelle sollen die Worte „**exemplo rerum immobilium**“ beweisen, daß die Ersitzung der Servituten sich ganz nach der ordentlichen Ersitzung des Eigenthums an Grundstücken richte; und deshalb soll denn auch eine **justa causa** erforderlich sein. So viele Stellen aber zeigen, daß es sich mit der Ersitzung der Servituten anders verhalte, als mit der Ersitzung des Eigenthums. Die angeführten Worte können also den Sinn, welchen man darin finden will, nicht haben. Vielmehr soll damit weiter nichts gesagt werden, als dieses: So gut es an Grundstücken eine Ersitzung gibt, vermittelst welcher sie selbst erworben werden, d. h. das Eigenthum daran, eben so gut können auch Servituten daran ersessen werden. Die Vergleichung geht also bloß auf die Möglichkeit der Ersitzung überhaupt.

Außer diesen Stellen des Römischen Rechts beruft man sich nun aber auch noch auf eine Stelle des Canonischen Rechts [11]). Es ist dieselbe, von welcher schon in der Lehre von der Ersitzung des Eigenthums die Rede gewesen ist, nämlich im §. 267. (S. 144.) Nach dieser Stelle soll derjenige, der den Erwerb eines Rechtes durch Verjährung behauptet, ohne sich auf einen unvordenklichen Besitzstand berufen zu können, jederzeit gehalten sein, den Titel des Besitzes nachzuweisen, sobald das gemeine Recht oder eine Vermuthung ihm entgegensteht. Nun aber ist die Existenz einer Servitut etwas, was allerdings, im Ganzen genommen, die Vermuthung wider sich hat, also, sagt man, ist es klar, daß, wenigstens nach Canonischem Rechte, Servituten ohne eine **justa causa** überall nicht ersessen werden können. Aber auch dies ist unrichtig. Denn erstens spricht die Stelle ausdrücklich nur von **rebus ecclesiasticis**, und zweitens bezieht sie sich auch hinsichtlich dieser nur auf solche Rechte, die schon vorhanden sind, aber in der Person eines Andern — nicht auf solche, die überhaupt erst durch Verjährung hervorgebracht werden sollen, wie dies bei der Ersitzung der Servituten der Fall ist [12]).

11) **c. 1. in VI. d. praescriptionib. II, 13.**

12) Uebrigens verdient in Bezug auf die Widerlegung der in dem Bisherigen bestrittenen Ansichten verglichen zu werden Unterholzner a. a. O. §. §. **201. 202. 210. 211.**

III. Aufhebung der Servituten.
(§. §. 311—319.)

DIG. VII, 4. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur.
VIII, 6. Quemadmodum servitutes amittantur.

A. Von der Aufhebung der eigentlichen Servituten.
(§. §. 311—318.)

§. 311.

a. Durch Entsagung.

Eine Servitut kann aufgehoben werden, durch Entsagung, durch Erlaß, durch Remission — lauter gleichbedeutende Ausdrücke [1]). Im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken:

1. Man kann die Remission einer Servitut aus dem Gesichtspunkte ansehen, daß darin eine Zurückgabe liegt an den Eigenthümer. Diesem wird dasjenige, was ihm zur Vollständigkeit seines Eigenthums fehlt, wieder gegeben. — Hierauf bezieht es sich, wenn in einigen Stellen die Rede davon ist, der Usufructuar könne sein Recht zwar dem Proprietarius cediren, nicht aber irgend einem Dritten: Nämlich das Cediren an den Proprietar ist ein Zurückgeben, das Cediren an einen Dritten ist ein Weitergeben. Cedirt der Usufructuar sein Recht an einen Dritten, so verschafft er diesem den **Ususfructus** nicht. Dies ist außer allem Streit. Dagegen finden wir darüber, ob in einem solchen Falle der Usufructuar den **Ususfructus** behält, in unsern Quellen widerstreitende Meinungen. Nach einer Stelle der Pandekten [2]) verliert der Usufructuar den **Ususfructus**; nach einer Stelle aus Gajus, desgleichen aus Justinians Institutionen [3]) behält er ihn: die Cession an einen Dritten ist also ohne allen Erfolg. Diese letztere Ansicht muß als die für das Justinianische Recht geltende angesehen werden. Denn in den zuletzt erwähnten Stellen ist von der Sache **ex professo** die

1) Im Allgemeinen verweise ich auf **L. 14. §. 1. D. d. servitutibus. VIII, 1. L. 34. pr. D. d. S. P. R. VIII, 3.**

2) **L. 66. D. d. jure dotium. XXIII, 3.** in den Worten »quoniam dicimus ..... reversurum usumfructum.«

3) **Gaj. II. §. 30. §. 3. I. d. usufructu. II, 4.** in den Worten »Item finitur ususfructus ..... nihil agit.«

Rede, in der ersteren Stelle nur beiläufig. Und ferner die Meinung, daß der **Ususfructus** nicht verloren gehe, kommt in den Institutionen gerade vor.

2. Steht eine Servitut Mehren gemeinschaftlich zu, so ist Erlaß von Seiten eines Einzelnen wirkungslos, ausgenommen beim **Ususfructus**. S. §. 289.

3. Wie die Entsagung ausdrücklich erfolgen kann, so kann sie auch stillschweigend geschehen; dahin gehört, wenn man etwas erlaubt, was mit dem Inhalte der Servitut unverträglich ist [4]). Ferner: wenn der Proprietar die Sache, an welcher ich den **Ususfructus** habe, mit meiner Zustimmung veräußert, und ich vindicire in der Folge den **Ususfructus**, so steht mir eine **Doli exceptio** entgegen [5]).

4. Die Remission wirkt immer nur in dem Umfange, in welchem sie beabsichtiget ist; und wie man in andern Fällen die Entsagung im Zweifel **stricte** interpretirt, so geschieht dies auch hier [6]).

b. Durch Nichtgebrauch.

§. 312.

α. Einleitung.

Daß überhaupt Servituten durch Nichtgebrauch verloren gehen, beweisen deutliche Stellen unserer Rechtsquellen [1]).

Die Idee, welche hiebei zum Grunde liegt, ist folgende: durch fortgesetzten Besitz, durch Usucapion kann Eigenthum im Ganzen erworben werden, d. h. derjenige, welcher von den, im Eigenthume enthaltenen Befugnissen, noch gar keine hat, kann sie durch fortgesetzten Besitz in ihrer Gesammtheit erwerben. Auf eine ähnliche Weise müssen daher auch einzelne, zu dem Begriffe des Eigenthums gehörige Befugnisse, welche von den übrigen getrennt sind und jetzt den Inhalt von Servituten ausmachen,

4) **L. 8. pr. D. quemadm. servitut. amitt. VIII, 6.**
5) **L. 4. §. 12. D. d. doli mali et metus exc. XLIV, 4.**
6) **L. 21. D. d. S. P. U. VIII, 2. L. 20. pr. D. d. S. P. R. VIII, 3.**
1) **§. 3. init. I. d. usufructu II, 4. L. 6. pr. D. d. S. P. U. VIII, 2. L. 13. C. d. servitutib. III, 34.**

zurückerworben, und mit jenen übrigen auf's Neue vereinigt werden können. Der Begriff der Usucapion muß sich also anwenden lassen auch auf die bloße Vervollständigung des Eigenthums, oder, was dasselbe sagt, auf die Befreiung von Beschränkungen, welchen das Eigenthum unterworfen ist; es muß die Freiheit von einer Servitut usucapirt werden können. Mit dieser Usucapion der Freiheit fällt dann natürlich die Aufhebung der Servitut zusammen.

Diese Vorstellung ist es, welche im Allgemeinen hier zu Grunde liegt. Nur finden wir sie allerdings nicht streng durchgeführt. Ich will nur Einen besonders wichtigen Punkt hervorheben. Wollen wir die Grundsätze, welche da gelten, wo durch Usucapion Eigenthum überhaupt und im Ganzen erworben werden soll, auf den Erwerb der Befreiung von Servituten mit strenger Consequenz anwenden, so werden wir sagen müssen: Was hier erworben werden soll, ist Befreiung von einer Servitut, und sonach ist also eine ganz unerläßliche Bedingung der Besitz der Freiheit, die **Quasi-possessio libertatis a servitute.** Wenn dieser Besitz die gehörige Zeit hindurch fortgesetzt ist, dann haben wir eine **Usucapio libertatis**; die Befreiung von der Servitut ist nun erworben, und **eo ipso** die Servitut erloschen. Diesem nach muß derjenige, welcher die belasteten Sachen als Eigenthümer besitzt, im Falle einer affirmativen Servitut sich in ein factisches Verhältniß setzen, durch welches er den Inhaber der Servitut von deren Ausübung förmlich ausschließt; bei einer negativen Servitut aber muß er die Sache auf eine, dem Inhalt der Servitut widerstreitende Weise behandeln: Alsdann werden wir ihm den Besitz der Freiheit zuschreiben können. Mit diesem ist natürlich die Nichtausübung der Servitut nothwendig verbunden: aber man kann diesen Satz nicht umkehren — denn es kann gar wohl geschehen, daß der Inhaber der Servitut diese nicht ausübt, ohne daß man darum von demjenigen, welcher die Sache als Eigenthümer besitzt, sagen könnte, er sei im Besitze der Freiheit. In einem solchen Falle des bloßen Nichtgebrauchs wird die Freiheit nicht usucapirt, mithin auch die Servitut nicht aufgehoben werden können.

Dies sind die Resultate, zu welchen eine strenge Anwendung derjenigen Grundsätze führt, welche bei der Usucapion des Eigenthums im Ganzen gelten. Allein wir finden nun aber, daß diese Strenge nicht beachtet wird, daß man in vielen Fällen schon mit dem bloßen Nichtgebrauche zufrieden ist, ohne zugleich den Besitz der Freiheit von der Servitut zu einer nothwendigen Bedingung zu machen, wie sich in dem folgenden Paragraphen sogleich zeigen wird.

Uebrigens muß ich bemerken, daß die Regel, Servituten gehen durch Nichtgebrauch verloren, einige Ausnahmen hat. Nämlich:

1. Der **Ususfructus alternis annis legatus** geht **non utendo** nicht verloren [2]).

2. Auch die **Habitatio** wird durch Nichtgebrauch nicht aufgehoben [3]). Unterholzner [4]) behauptet dasselbe von dem **Usus**. Es ist dies eine ihm ganz eigenthümliche Ansicht, der ich nicht beistimmen kann.

3. Endlich geht durch **Non usus** nicht verloren das Recht des Fußsteiges nach einem Begräbnißplatze [5]). Dies als Einleitung. Ich gehe nunmehr in dem §. 313. über zu der Darstellung der einzelnen Erfordernisse dieser Extinctiv-Verjährung.

§. 313.

β. Einzelne Erfordernisse.

Zuerst fragt es sich: Ist es nothwendig, daß derjenige, welcher Befreiung von der Servitut erwerben will, die Sache, auf welcher die Servitut haftet, besitze? Die richtige Antwort ist folgende: Inwieweit Besitz der Freiheit von der Servitut erfordert wird, insoweit darf es an dem Besitze der Sache selbst nicht fehlen, denn der Besitz der Freiheit schließt diesen Besitz der Sache nothwendig in sich [1]); ich verweise hier auf dasjenige,

2) **L. 28. D. quib. mod. usufr. VII, 4. Conf. L. 13. D. d. usu et usufr. et reditu etc. XXXIII, 2.**

3) **L. 10. pr. D. d. usu et habitatione. VII, 8.** Dasselbe galt von der s. g. **servitus operarum: L. 2. D. d. usu et usufr. et reditu etc. XXXIII, 2.**

4) Unterholzner, Ausführl. Entwickel. der Verjährungsl. §. 227.

5) **L. 4. D. quemadmod. servitut. amittantur. VIII, 6.**

1) **L. 32. §. 1. D. d. S. P. U. VIII, 2.**

was ich über den Besitz der Freiheit schon im §. 215. gesagt habe. Inwieweit aber Besitz der Freiheit nicht erfordert wird, insoweit kommt auch der Besitz der belasteten Sache nicht in Betracht [2]).

Zweitens. Von Seiten desjenigen, dessen Servitut aufgehoben werden soll, wird Nichtgebrauch vorausgesetzt. Dieser ist in jedem Falle ein unerläßliches Erforderniß (davon noch besonders im §. 314.). Aber daß damit von der andern Seite Besitz der Freiheit von der Servitut verbunden sei, das ist keinesweges allgemein nothwendig. Bei persönlichen Servituten reicht der bloße Nichtgebrauch hin [3]). Dasselbe gilt von ländlichen Prädial-Servituten — nur bei städtischen Prädial-Servituten kommt es auf den Besitz der Freiheit an [4]). Unter unsern neueren Juristen sind Mehre der Meinung: Früher habe es sich allerdings auf die angegebene Weise verhalten; Justinian aber habe das frühere Recht abgeändert. Wie er es abgeändert habe, darüber sind nun aber die Meinungen dieser Rechtsgelehrten verschieden. Ich will ganz kurz die verschiedenen Meinungen angeben: die Einen beschränken sich darauf, daß sie sagen: Nach einer Verordnung Justinians [5]) bedarf es auch bei dem **Ususfructus** des Besitzes der Freiheit. Daß dies unrichtig sei, hat Unterholzner dargethan [6]). Andere sagen: In einer andern Constitution [7]) hat Justinian dem **Ususfructus** alle übrigen Servituten gleichgestellt — es gilt also hin-

2) Unterholzner, Ausführl. Entwickelung der Verjährungslehre. §. §. 231. 232.

3) Paul. III, 6. §. 30. §. 3. init. I. d. usufructu. II, 4.

4) L. 6. pr. D. d. S. P. U. VIII, 2.: »Haec autem jura (nämlich praediorum urbanorum) similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem.« Vgl. L. 6. §. 1. L. 32. D. eod. L. 18. §. 2. D. quemadmod. servitut. amitt. VIII, 6. L. 4. §. ult. D. d. usurp. et usucap. XLI, 3.

5) L. 16. §. 1. C. d. usufructu. III, 33.

6) Vgl. Unterholzner, Ausführl. Entwickel. d. Verjährungslehre. §. 225.

7) L. 13. C. d. servitutib. III, 4.

sichtlich aller Servituten ein und dasselbe Recht. Diesem gemäß erfordern Manche überall Besitz der Freiheit, Manche dagegen sind umgekehrt der Meinung, daß es des Besitzes der Freiheit bei keiner Art von Servituten bedürfe. Allein dies Alles ist unrichtig; Justinian hat in der gedachten Constitution die Servituten nur in Beziehung auf die Dauer der Verjährung einander gleich gestellt [8]).

Ich wende mich nunmehr zu einem

dritten Erfordernisse — nämlich zu dem Erfordernisse der **bona fides** von Seiten desjenigen, dem das Erlöschen der Servitut zu Statten kommen soll. Es ist jedoch streitig, inwieweit dieses Erforderniß in der That Statt finde. Ausdrücklich fordert das Römische Recht die **bona fides** nicht. Indessen sind doch mehre Rechtsgelehrte der Meinung, daß sich dieses Erforderniß da, wo Besitz der Freiheit von der Servitut erforderlich ist, von selbst verstehe — und diese Ansicht ist wohl nicht ohne Grund. Denn das Erforderniß des Freiheits-Besitzes beruht auf dem Festhalten an der Idee einer das Eigenthum vervollständigenden Usucapion; die Usucapion aber setzt **bona fides** voraus.

Dies in Bezug auf das Römische Recht. Aber auch hinsichtlich des Canonischen Rechts sind die Meinungen getheilt. Die Einen halten selbst nach diesem **bona fides** nur da für nöthig, wo es auf Besitz der Freiheit ankommt [9]); Andere fordern sie durchgängig. Und diese Meinung scheint mir richtig. Denn wo es an der **bona fides** fehlt, da hat derjenige, dem die Erlöschung der Servitut zu Statten kommen soll, **conscientiam rei alienae**, und aus dieser soll er keinen Vortheil ziehen [10]).

Viertens ist erforderlich der Ablauf einer gewissen Zeit. Nach vorjustinianischem Rechte galten hier, in Uebereinstimmung mit der im vorigen §. bezeichneten Grundidee, dieselben Fristen, wie bei der **Usucapio**: Bei Servituten an beweglichen Sachen reichte ein Jahr hin; bei Servituten an unbeweglichen Sachen

8) Vergl. Unterholzner a. a. O. §. 224.

9) So z. B. Unterholzner a. a. O. §. 92.

10) Siehe c. 20. X. d. praescript. II, 26. und den §. 153.

wurden zwei Jahre erfordert [11]). Dies hat nun aber Justinian abgeändert: Ohne Unterschied des Gegenstandes soll es unter Anwesenden auf eine Zeit von zehn, unter Abwesenden auf eine Zeit von zwanzig Jahren ankommen. Die Fristen für den Verlust der Servituten durch Verjährung sind also dieselben, wie die für die Erwerbung durch Verjährung [12]).

Von der eben aufgestellten Regel macht eine Ausnahme der Fall, da eine Servitut nur zu gewissen Zeiten darf ausgeübt werden. Zwar soll zum Verlust einer Prädial-Servitut, die nur zu gewissen Stunden, oder nur zur Tags- oder nur zur Nachtzeit, oder nur einen Tag um den andern ausgeübt werden darf, der Ablauf der gewöhnlichen Verjährungsfrist hinreichen; ist aber die Ausübung einer solchen Servitut auf eine bestimmte Jahresfrist beschränkt, oder auf einen einzelnen Monat im Jahre, oder darf die Servitut nur Monat um Monat, oder nur Jahr umJahr ausgeübt werden, so soll das Doppelte der Zeit, worauf es sonst ankommt, erforderlich sein [13]). Diese Bestimmung bezieht sich, ihrer ursprünglichen Bedeutung nach, auf die Voraussetzung, daß die regelmäßige Verjährungsfrist eine zweijährige sei. Das Justinianische Recht aber fordert in der Regel unter Anwesenden eine Zeit von zehn, unter Abwesenden eine Zeit von zwanzig Jahren; an sich genommen würde man also die in der angeführten Bestimmung als nothwendig bezeichnete doppelte Frist im Justinianischen Rechte unter Anwesenden auf zwanzig, unter Abwesenden auf vierzig Jahre zu setzen haben. Allein Justinian selbst schreibt [14]) bei einem Falle ähnlicher Art, da nämlich eine Prädial-Servitut innerhalb einer ganzen Reihe von Jahren nur Ein Mal ausgeübt werden darf, schlechthin eine zwanzigjährige Frist vor, ohne zwischen Anwesenheit und Abwesenheit zu unterscheiden. Und daher scheint die Ansicht derjenigen begründet zu sein, welche auch in den Fällen, wovon die erwähnte Pandekten-Stelle spricht, eine Frist von zwanzig Jahren nicht

11) Paul. III, 6. c. §. 30.
12) S. die in den Noten 5 u. 7. angeführten Constitutionen.
13) L. 7. D. quemadm. servitut. amittantur. VIII, 6.
14) In der L. ult. pr. C. d. servitutib. III, 34.

minder unter Abwesenden, als unter Anwesenden für genügend achten.

Zuletzt bemerke ich noch, daß da, wo das Recht der Servitut aus einer Hand in die andere gegangen ist, hinsichtlich der Zeit des Nichtgebrauches, Zusammenrechnung Statt findet [15]).

Fünftens: Es darf keine Unterbrechung eingetreten sein, weder in Bezug auf den Nichtgebrauch, noch, wo es auf den Besitz der Freiheit ankommt [16]).

Sechstens wird erfordert, daß die Servitut nicht etwa unter einem gesetzlichen Veräußerungsverbote begriffen sei [17]).

§. 314.

γ. Ueber das Haupterforderniß des Nichtgebrauches insbesondere.

I. Nähere Bestimmung des Begriffs des Nichtgebrauchs.

1. Gebrauch ohne die Meinung eines zum Grunde liegenden Rechts, ist als Nichtgebrauch zu betrachten [1]).

2. Wer auch nur einige der in seinem Rechte enthaltenen Befugnisse ausübt, conservirt dadurch doch die Servitut im Ganzen [2]). Dagegen: wenn Jemand von demjenigen, was den eigentlichen Zweck der Servitut ausmacht, gar nichts thut, sondern nur solche Handlungen vornimmt, die zu jenem Zwecke sich als bloße Mittel verhalten, so ist das allerdings als Nichtgebrauch zu betrachten: z. B. wenn Einer, der das Recht des Wasserschöpfens aus einer fremden Quelle hat, sich bloß des Weges nach der Quelle bedient, ohne aus dieser zu schöpfen — so wird er die Servitut verlieren [3]). Und ferner: wenn Jemand von dem Gegenstande der Servitut zwar Gebrauch macht, aber einen ganz andern, als denjenigen, zu dem er berechtigt ist —

15) L. 18. §. 1. D. quemadm. servitut. amittantur. VIII, 6.

16) cit. L. 32. §. 1. D. d. S. P. U. VIII, 2.

17) L. 28. pr. D. d. V. S. »... Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes.« — L. 10. pr. D. quemadm. servitut. amittantur. VIII, 6. L. 5. L. 6. D. d. fundo dotali. XXIII, 5.

1) L. 22. D. quemadm. servitut. amittantur. VIII, 6. zu verbinden mit L. 24. D. eod.

2) L. 2. D. eod.

3) L. 17. D. eod.

so kann dies natürlich auch nicht für Ausübung der Servitut gelten [4]). Wohl aber schützt gegen den Verlust ein Gebrauch, dessen Ungehörigkeit nur im Uebermaaße besteht [5]).

Etwas Besonderes beim **Ususfructus** ist dieses: Wenn der Usufructuar in der irrigen Meinung, daß ihm nur der **Usus** an der Sache zustehe, diese auch nur eben als Usuarius gebraucht, so geht der Ueberschuß des **Ususfructus** über den **Usus** verloren [6]).

3. Wer eine Prädial-Servitut nur auf einem Theile des dienenden Grundstücks ausübt, conservirt dennoch die Servitut im Ganzen [7]). Desgleichen: wenn der Eigenthümer mehrer Grundstücke mir eine Servitut constituirt, welche auf allen diesen Grundstücken lasten soll; so kann durch Ausübung der Servitut auf Einem derselben, die Servitut in ihrem ganzen Umfange erhalten werden [8]). Dagegen: erfolgt im Falle eines einzigen dienenden Grundstücks in diesem eine reelle Theilung, dergestalt, daß nunmehr jeder Theil für sich ein besonderes Ganze ausmacht, das seinen eignen Herrn hat — so kann dann allerdings die Servitut hinsichtlich des Theils, auf welchem sie nicht ausgeübt wird, verloren gehen, während sie hinsichtlich der übrigen durch Ausübung aufrecht erhalten wird [9]). Und auf eine analoge Weise verhält es sich bei mehren dienenden Grundstücken, wenn diese verschiedene Eigenthümer erhalten. So bei Prädial-Servituten; anders bei dem **Ususfructus** seiner Theilbarkeit halber: Wer den **Ususfructus** an einem Ganzen hat, und diesen nur an einem Theile ausübt, der behält ihn zwar an diesem Theile, an dem Uebrigen aber verliert er ihn [10]).

4. Sind bei einer Prädial-Servitut der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks mehre, so erhält Einer, welcher die Servitut ausübt, diese nicht bloß für sich, sondern zugleich für seine Genossen [11]). Wird aber in dem herrschenden Grundstücke

4) L. 10. §. 1. L. 18. pr. D. eod.
5) L. 11. pr. D. eod. L. 9. §. 1. D. si servitus vindicetur etc. VIII, 5.
6) L. 20. D. quib. mod. ususfr. etc. VII, 4.
7) L. 8. §. 1. L. 9. D. quemadm. servitut. amittantur. VIII, 6.
8) L. 18. D. d. S. P. R VIII, 3.
9) L, 6. §. 1. D. quemadm. servitut. amittantur. VIII, 6.
10) L. 14. L. 25. D. quib. mod. ususfr. etc. VII, 4.
11) L. 5. D. quemadm. servitut. amittantur. VIII, 6.

eine reelle Theilung vorgenommen, so daß jeder Einzelne unter den Genossen einen dieser Theile zu ausschließlichem Eigenthume erhält — so kann die Ausübung der Servitut durch den Einen den Uebrigen nicht mehr zu Statten kommen [12]).

5. Ausübung durch Stellvertreter ist so gut, wie eigene Ausübung, vorausgesetzt nur, daß überhaupt die Ausübung durch Stellvertreter zulässig ist; das ist sie aber, wie wir gesehen haben, bei dem **Usus** nur in beschränktem Maße. Bei Prädial-Servituten bedarf es nicht einmal einer besonders begründeten Stellvertretung — es ist hier überhaupt ganz gleichgültig, durch wen die Servitut ausgeübt wird, genug daß sie ausgeübt wird [13]).

Der **Ususfructus** hat auch hier wieder etwas Besonderes. Denken wir uns, der Usufructuarius hat die Ausübung seines Rechts einem Andern abgetreten, und dieser macht von der ihm überlassenen Ausübung keinen Gebrauch; selbst dann hört der **Ususfructus** nicht auf, sobald nur der Usufructuar die Ausübung dem Andern nicht unentgeltlich überlassen hat [14]).

II. Grund des Nichtgebrauchs.

1. Eine Servitut geht verloren, auch wenn der Inhaber derselben sie um deswillen nicht ausübt, weil er von seinem Rechte keine Kenntniß hat [15]).

2. Eben so geht sie in dem Falle verloren, da die physische Beschaffenheit der Sache die Ausübung der Servitut unmöglich macht. Jedoch kann hier der Berechtigte Wiederherstellung der Servitut verlangen, wenn in der Folge das physische Hinderniß der Ausübung gehoben wird [16])

3. Wenn die Ausübung der Servitut eine besondere Anstalt erfordert, und diese noch gar nicht getroffen ist; so ist die Nichtausübung ohne Nachtheil [17]).

12) cit. L. 6. §. 1. D. eod.

13) L. 12. §. 2. D. d. usufruct. VII, 1. L. 22. D. quib. mod. ususfr. etc. VII, 4. L. 5. L. 6. pr. L. 12. L. 20. bis L. 24. D. quemadm. servitut. amittantur. VIII, 6.

14) L. 38. bis L. 40. D. d. usufructu. VII, 1.

15) L. 19. §. 1. D. quemadmod. servitut. amittantur. VIII, 6. Vgl. L. 20. D. quib. mod. ususfr. etc. VII, 4.

16) L. 34. §. 1. L. 35. D. d. S. P. R. VIII, 3. L. 14. pr. D. quemadm. servitut. amittantur. VIII, 6.

17) L. 19. pr. D. eod.

4. Selbst dann geht die Extinctiv-Verjährung einer Servitut von Statten, wenn die Ausübung derselben von der andern Seite durch Gewaltthätigkeit gehindert wird [13]).

5. Dagegen ist die Nichtausübung der Servitut ohne Nachtheil für den Inhaber, wenn dieser die Ausübung nur einstweilen auf des Andern Bitte unterlassen hat [19]).

§. 315.

c. Durch Confusion.

Eine Servitut hört auf, sobald eine und dieselbe Person das Subject wird sowohl der Servitut, als des durch diese beschränkten Rechts. Eine solche Vereinigung wird **Confusio** genannt; auch kommt in Bezug darauf der Ausdruck **Consolidatio** vor.

Demgemäß hört eine persönliche Servitut auf, wenn der Inhaber derselben die Proprietät der belasteten Sache erwirbt [1]). Wird der Usufructuar nur Eigenthümer eines Theils, so erlischt der **Ususfructus** an diesem Theile, während er an dem Uebrigen fortbesteht — wegen der Theilbarkeit des **Ususfructus** [2]).

Prädial-Servituten hören durch Confusion auf, sobald der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks Eigenthümer wird auch des dienenden, oder umgekehrt [3]). Wegen der Untheilbarkeit der Prädial-Servituten wird jedoch in einem solchen Falle die Servitut nur dann aufgehoben, wenn das Eigenthum beider **Praedia** in derselben Person vollständig vereinigt ist [4]).

Uebrigens: Ist eine Servitut durch Confusion einmal erloschen, so bleibt sie aufgehoben, auch wenn in der Folge eine Trennung eintritt [5]). Dies ist die Regel. Allerdings gibt es Ausnahmen. Denken wir uns: die Vereinigung, in Folge deren

18) **L. 4. §. 27. D. d. usurp. et usucap. XLI, 3.**

19) **L. 32. pr. D. d. S. P. U. VIII, 2. L. 17. D. communia praedior. VIII, 4.** in den Worten »Ceterum . . . . . agetur.«

1) **§. 3. I. d. usufructu. II, 4. L. 17. D. quib. modis ususfr. v. usus amittitur. VII, 4. L. 4. D. usufructuar. quemadm. cav. VII, 9.**

2) **L. 14. D. quib. mod. ususfr. etc. VII, 4.**

3) **L. 10. in f. D. communia praedior. VIII, 4. L. 1. D. quemadm. servitut. amittantur. VIII, 6.**

4) **L. 8. §. 1. D. d. servitutib. VIII, 1. L. 30. §. 1. D. d. S. P. U. VIII, 2. L. 27. D. d. S. P. R. VIII, 3.**

5) **L. 30. pr. D. d. S. P. U. VIII, 2.**

die Servitut erloschen ist, wird später mit rückwirkender Kraft aufgehoben, so daß sie als gar nicht erfolgt zu betrachten ist — dann wird die erloschene Servitut **ipso jure** wieder aufleben [6]).

Diese Fälle einer **ipso jure** wieder auflebenden Servitut sind nicht zu verwechseln mit denjenigen, da nur eine **Obligatio** vorhanden ist, vermöge welcher die verloren gegangene Servitut auf's Neue constituirt werden muß. So kann eine Prädial-Servitut dadurch erlöschen, daß der Eigenthümer des einen **Praedii** den Eigenthümer des andern beerbt. Ist nun aber da das eine oder das andere **Praedium** einem Dritten legirt, und werden in Folge dessen die **Praedia** wieder getrennt; so kann der durch die vorangegangene Confusion Benachtheiligte Wiederherstellung der Servitut fordern; aber von selbst lebt die Servitut nicht wieder auf [7]).

§. 316.

d. Durch Untergang des Objectes.

Jede Servitut erlischt, wenn die Sache, worauf sie lastet dem Verkehr ganz und gar entzogen wird. Man kann dann gewissermaaßen sagen, die Sache ist juristisch untergegangen.

Natürlich muß nun aber eine Servitut auch aufhören durch physischen Untergang des Objects [1]), vorausgesetzt, daß das Object gänzlich zu Grunde geht.

Mit den persönlichen Servituten hat es noch eine eigenthümliche Bewandniß. In den Quellen wird freilich nur der **Ususfructus** genannt; aber, was von diesem gesagt wird, ist analoger Weise auch auf andere persönliche Servituten anzuwenden. Mit dem **Ususfructus** nun ist es so: er erlischt nicht blos **rei interitu**, sondern auch schon **rei mutatione**, d. h. durch jede Veränderung, wodurch die Benutzung der Sache eine wesentlich andere wird [2]). Hiermit hängt zusammen, daß bei einem

6) Ein hieher gehöriges Beispiel enthält **L. 57. pr. D. d. usufructu. VII, 1.**

7) Siehe **L. 18. D. d. servitutib. VIII, 1. L. 116. §. ult. D. d. legat. I.** und vgl. **L. 2. §. 19. D. d. hereditate v. act. vendit. XVIII, 4. L. 7. §. 1. D. d. fundo dotali. XXIII, 5.**

1) **pr. I. d. usufructu. II, 4. L. 2. D. eod.**

2) **L. 5. §. 2. D. quib. modis ususfr. v. usus amittitur. VII, 4.**

legirten **Ususfructus** eine **rei mutatio**, die sich noch bei des Testators Leben ereignet, das Legat unwirksam macht [3]). Besonders verdient hierbei Folgendes hervorgehoben zu werden:

1. denken wir uns, Jemand hat den **Ususfructus** an einem Gebäude; dieses geht zu Grunde, ohne daß der Platz, auf dem es gestanden, mit unterginge. Fassen wir hier Platz und Gebäude als ein Ganzes zusammen, so erscheint der Untergang des Gebäudes nur als eine Veränderung dieses Ganzen: dennoch aber hört der **Ususfructus** ganz und gar auf; der Fructuar hat an dem Platze kein Recht weiter [4]). Hierbei wird jedoch vorausgesetzt, daß das ganze Gebäude untergegangen ist [5]), und daß das Gebäude die Hauptsache war, nicht etwa eine bloße **Accessio** eines **principaliter** zu anderweitigem Gebrauch bestimmten Grundstücks [6]).

2. Der **Ususfructus** an einer **Area** erlischt, wenn ein Gebäude darauf aufgeführt wird [7]).

Uebrigens bringt die Natur der Sache es mit sich, daß bei dem **Ususfructus** an einer ganzen Vermögensmasse die bloße Veränderung der unter dieser begriffenen Gegenstände keine aufhebende Wirkung haben kann [8]).

Das Bisherige betraf bloß die Aufhebung einer Servitut durch Untergang oder Veränderung des Objects. Es fragt sich nun aber noch: Wird im Fall der Wiederherstellung des Gegenstandes auch die Servitut wiederhergestellt?

Bei Prädial-Servituten verhält es sich so: Erfolgt die Wiederherstellung des Objects, noch ehe die Zeit abgelaufen ist, welche für den Verlust durch Nichtgebrauch erfordert wird, so lebt die Servitut **ipso jure** wieder auf; erfolgt dagegen die Wiederherstellung später, so kann der ehemalige Inhaber der Servitut fordern, daß sie auf's Neue bestellt werde [9]).

3) Beispiele zur Erläuterung des hier Gesagten enthalten **L. 5. §. §. 2. 3. L. 10. §. 1.** bis **L. 12. D. quib. modis ususfr. v. usus amittitur. VII, 4.**

4) **§. 3. in f. I. d. usufructu. II, 4. cit. L. 5. §. 2. D. quib. mod. ususfr. etc. VII, 4.**

5) **L. 53. D. d. usufructu. VII, 1.**

6) **L. 8.** bis **L. 10. pr. D. quib. modis ususfr. etc. VII, 4.**

7) **cit. L. 5. §. 3. D. eod.**

8) **L. 34. §. 2. D. d. usufructu. VII, 1.**

9) **L. 14. pr. D. quemadm. servitut. amittantur. VIII, 6.**

Bei den persönlichen Servituten gilt dasselbe, inwieweit die Wiederherstellung des Gegenstandes so vollständig ist, daß man sagen kann, der Gegenstand ist nun wieder ganz derselbe, der er früher war. So wenn der **Ususfructus** an einer **Area** dadurch aufgehoben worden ist, daß ein Gebäude darauf aufgeführt worden, und dieses nun später wieder weggenommen wird [10]). Dagegen lebt der **Ususfructus** an einem Gebäude, welches abgetragen wurde, und dann neu wieder gebaut ist, mit diesem Wiederaufbau nicht auf — das neue Gebäude wird mit dem alten nicht als identisch angesehen u. s. w. [11]).

§. 317.

e. Durch Untergang des Subjectes.

I. Persönliche Servituten.

Persönliche Servituten, die einer physischen Person zustehen, erlöschen mit dem natürlichen Tode des Inhabers [1]); ausgenommen war bei den Römern die **Servitus operarum** [2]). Gleiche Wirkung mit dem natürlichen Tode hat bei dem **Ususfructus** und bei dem **Usus** der bürgerliche Tod, also **maxima et media capitis deminutio.** Nach älterem Rechte führte schon eine **minima capitis deminutio** den Verlust der gedachten Servituten mit sich: das aber hat Justinian aufgehoben [3]). Die **Habitatio** geht durch **capitis deminutio** nicht verloren, eben so wenig die **Servitus operarum** [4]).

Im Einzelnen ist nun noch Folgendes zu bemerken:

1. Wenn Jemand eine Sache legirt, seinen Erben aber den **Ususfructus** daran vorbehält, so steht dieser nur dem nächsten, unmittelbaren Erben des Testators zu; er erlischt daher mit dessen Tode; der Erbe des Erben hat den **Ususfructus** nicht. Dieser Satz beruhet auf einer Constitution Justinian's [5]). Aus die-

10) **L. 71. D. d. usufructu. VII, 1.** cit. **L. 5. §. 3.** bis **L. 7. D. quib. modis ususfr. etc. VII, 4.**

11) Es ist dies zu folgern aus **L. 36. pr. D. d. usufructu. VII, 1. L. 10. §. §. 1. 7. D. quib. modis ususfr. etc. VII, 4.**

1) §. 3. init. I. d. usufructu. II, 4. L. 3. §. 3. D. quib. modis ususfr. v. usus amittitur. VII, 4.

2) L. 2. D. d. usu et usufr. et reditu etc. XXXIII, 2.

3) cit. §. 3. init. I. d. usufructu. L. 16. §. 2. C. eod. III, 33.

4) L. 10. pr. D. d. usu et habitat. VII, 8. — cit. L. 2. D. d. usu et usufr. etc. XXXIII, 2.

5) L. 14. C. d. usufructu. III, 33.

ser läßt sich der allgemeine Satz ableiten: persönliche Servituten, welche dem Erben eines Menschen verliehen werden, sind auf den nächsten Erben beschränkt.

2. Wenn ein **Filiusfamilias** den **Ususfructus** an einer Sache dem Parens erwirbt, in dessen Gewalt er steht, so geht der **Ususfructus**, bei dem natürlichen oder bürgerlichen Tode der einen unter diesen beiden Personen, auf die andere über — ebenfalls nach einer Justinianischen Constitution [6]).

Mit solchen persönlichen Servituten, die einer juristischen Person zustehen, verhält es sich folgender Maßen: Die juristische Person kann aufhören zu existiren; dies ist dann ein Ereigniß vergleichbar dem Tode einer physischen Person; mithin erlischt alsdann die Servitut [7]). Aber da das Aufhören einer juristischen Person nicht gleich dem Tode einer physischen, Regel ist, sondern immer nur Ausnahme, so würden die einer juristischen Person zuständigen persönlichen Servituten leicht verewigt werden können, wenn nicht eine gesetzliche Zeitgrenze gezogen wäre. Eine solche nun finden wir in der That vorgeschrieben in unseren Rechtsquellen [8]): Persönliche Servituten, die einer juristischen Person zustehen, erlöschen spätestens mit dem Ablaufe von hundert Jahren.

II. Prädial-Servituten.

Als Untergang des Subjects ist hier zu betrachten der Untergang des herrschenden Grundstücks. Wird dieses aber hergestellt, so lebt die Servitut wieder auf [9]). Dabei ist jedoch nach der Analogie desjenigen, was bei dem Untergang des Objectes gilt, zu unterscheiden, ob immittelst so viel Zeit verstrichen ist, daß die Servitut schon wegen der Nichtausübung würde verloren gegangen sein, oder ob das herrschende Grundstück früher hergestellt wird. Im letzten Falle lebt die Servitut **ipso jure** auf; im ersten kann nur gefordert werden, daß sie auf's Neue bestellt werde. S. den vor. §. 316.

6) **L. ult. C. eod.**
7) **L. 21. D. quib. modis ususfr. etc. VII, 4.**
8) **L. 56. D. d. usufructu. VII, 1. L. 8. D. d. usu et usufr. etc. XXXIII, 2.**
9) **L. 20. §. 2. D. d. S. P. U. VIII, 2.** Wie der Untergang zu verstehen sei, darüber vergleiche noch **L. 13. pr. D. d. S. P. R. VIII, 3.**

§. 318.

r. Durch anderweitige Ereignisse.

1. Servituten können aufhören nach der Regel »resoluto jure concedentis, resolvitur jus accipientis.« S. §. 221.

2. Persönliche Servituten können **ad tempus, ad conditionem** verliehen werden, und dann erlöschen sie mit dem Eintritt des Endtermins oder mit der Erfüllung der Resolutiv-Bedingung. Einige ganz specielle hierher gehörige Bestimmungen enthält die **L. 12. C. d. usufr. III, 33.** In dieser Constitution verordnet Justinian zweierlei:

A. Ist Jemanden der **Ususfructus** bis dahin vermacht, daß ein Dritter ein gewisses Alter erreicht haben werde, und dieser Dritte stirbt noch ehe er zu dem bestimmten Alter gelangt ist: so soll der **Ususfructus** bis zu dem Zeitpunkte fortdauern, in welchem der Dritte, wenn er leben geblieben wäre, jenes Alter erreicht haben würde; vorausgesetzt, daß nicht etwa vorher schon der Usufructuar selbst mit Tode abgeht.

B. Hat der Testator die Dauer des **Ususfructus** von irgend einem anderweitigen die Person eines Dritten betreffenden ungewissen Ereignisse abhängig gemacht; so soll, Falls dieser Dritte vor dem Eintritte des Ereignisses stirbt, der **Ususfructus** als ein solcher angesehn werden, welcher dem Usufructuar auf Lebenszeit verliehen sei.

3. Der gesetzliche Nießbrauch des Parens an den Adventitien der seiner Gewalt unterworfenen Kinder hört, der Regel nach, auf, sobald die väterliche Gewalt ihre Endschaft erreicht. Eine Beschränkung dieser Regel siehe §. 742. B. 2.

Zu den bisher angeführten Aufhebungsarten der Servituten fügen Einige noch dies hinzu, daß der **Ususfructus** auch durch Mißbrauch aufgehoben werde. Diese Meinung ist aber unrichtig; sie beruht auf der falschen Interpretation einer Institutionenstelle [1]). Man nimmt hier nämlich die Worte »**non uti**

1) §. 3. I. d. usufructu. II, 4.: »Finitur autem ususfructus ..... et non utendo per modum et tempus .....«

per modum « irriger Weise für » **abuti.** « Sie gehören aber mit dem folgenden » **et tempus** « zusammen und beziehen sich auf den Verlust durch Nichtgebrauch: der wahre Sinn derselben ist dieser: damit der Nichtgebrauch den Verlust des **Ususfructus** zur Folge habe, muß er von einer bestimmten Art und von einer bestimmten Dauer sein. Daß aber der Mißbrauch den **Ususfructus** nicht aufhebe, sondern für den Proprietar nur eine Entschädigungsklage begründe, beweis't eine andere Stelle vollständig [2]).

§. 319.

B. Von dem Erlöschen des uneigentlichen Ususfructus.

Im Allgemeinen mögen wir wohl sagen: die Aufhebungsarten des eigentlichen **Ususfructus** finden auf den uneigentlichen eine analoge Anwendung. Aber mit dem **Quasi-ususfructus** an körperlichen verbrauchbaren Sachen hat es eine ganz eigene Bewandtniß. Hier wird, wie wir gesehen haben, der s. g. Fructuarius Eigenthümer der Sachen, welche den Gegenstand seines Rechts ausmachen sollen; er ist indessen obligatorisch verpflichtet, das Empfangene dereinst an den s. g. Proprietarius **in genere** zu restituiren. Bis dahin also, daß er restituiren muß, befindet er sich in dem vollen und unverkümmerten Genusse aller Vortheile, welche das Eigenthum gewährt. Aber von dem Augenblick der Restitution an hören diese Vortheile insofern auf, als sie sich durch den Nachtheil der Restitution compensiren. In dieser Beziehung kann man daher sagen: Mit dem Zeitpunkte, in welchem der s. g. Fructuar restituiren muß, erreicht der **Quasi-ususfructus** seine Endschaft. So wird denn auch in den Quellen die Sache aufgefaßt. Der Zeitpunkt der Restitution aber ist der des natürlichen oder durch **Capitis deminutio** herbeigeführten bürgerlichen Todes des s. g. Fructuars. Und daher heißt es in den hierher gehörenden Stellen [1]), der **Ususfructus** gehe nur

2) **L. 1. §. §. 5. 6. D. usufructuar. quemadm. cav. VII, 9.**

1) **§. 2. I. d. usufructu. II, 4. L. 9. L. 10. pr. D. d. usufructuar. rer. etc. VII, 5. L. 7. §. 1. D. usufructuar. quemadmod. cav. VII, 9.**

durch Tod oder **Capitis deminutio** verloren. Indessen in seiner ganzen Allgemeinheit kann dieser Satz doch nicht für richtig gelten; er bezeichnet nur die Regel. Ausnahmsweise kann es gar wohl geschehen, daß der Zeitpunkt der Restitution früher eintritt, und demnach auch der **Quasi-usus**fructus früher aufhört; so namentlich, wenn er eigens **ad diem** oder **ad conditionem** bestellt ist.

Zweites Buch.

Sachenrecht.

Viertes Kapitel.

Von der Emphyteusis und von der Superficies.

I. Von der Emphyteusis.

† DIG. VI, 3. Si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur.
— † COD. IV, 66. De jure emphyteutico.

A. Rechtliche Natur. (§. §. 320—323.)

§. 320.

a. Einleitung.

Unter **Emphyteusis**, oder **Jus emphyteuticum**, oder **Jus emphyteuticarium** wird verstanden ein eigenthümlich geartetes dingliches Recht an einem fremden Grundstücke und zwar an einem solchen, welches entweder zum landwirthschaftlichen Gebrauch, oder wenigstens zum Gartenbau bestimmt ist. Das Nähere über die Beschaffenheit dieses Rechts wird sich aus dem weiteren Verfolg ergeben. Für jetzt muß ich erst noch etwas über den Sprachgebrauch sagen.

Der Inhaber des emphyteutischen Rechts heißt **Emphyteuta**, auch **Emphyteuticarius**. Der Gegenstand des Rechts wird so bezeichnet: **Ager emphyteuticus s. emphyteuticarius, Fundus emphyteuticus, Praedium emphyteuticum.** Gleich-

bedeutend sind im Justinianischen Rechte die Ausdrücke **Ager vectigalis, Praedia vectigalia.** Ich sage im Justinianischen Rechte; anders im vorjustinianischen Rechte.

Nämlich das emphyteutische Recht, wie wir es im Justinianischen Rechte vorfinden, ist aus zwei ursprünglich verschiedenen Rechtsverhältnissen hervorgegangen — aus dem Rechte an **Agris vectigalibus**, und aus dem Rechte an **Agris emphyteuticis.**

In seiner frühesten Bedeutung bezog der Ausdruck **Ager vectigalis** sich auf Grundstücke im Eigenthume des Staats. Diese Bedeutung kommt hier nicht in Betracht; wohl aber eine spätere, zur Zeit der classischen Juristen gangbare Bedeutung, in welcher der Ausdruck von landwirthschaftlichen, in Pacht gegebenen Grundstücken städtischer Communen gebraucht wurde, jedoch nur im Fall der Erbpacht. Was hier der Pächter für die Benutzung des Grundstücks zu entrichten hatte, hieß **Vectigal**, und davon wurden denn die Grundstücke selbst **Agri vectigales** genannt [1]). Uebrigens unterschied sich der Pächter städtischer Gemeide-Ländereien nicht bloß in unserm Fall der Erbpacht, sondern selbst dann, wenn er nur auf Zeit gepachtet hatte, von einem gewöhnlichen Pächter auf eine ganz eigenthümliche Weise dadurch: Er stand nicht in einem bloß obligatorischen Verhältnisse zur Stadt, sondern er konnte das ihm gebührende Benutzungsrecht mittelst einer **In rem actio** gegen Jeden geltend machen.

Von diesem Recht an **Agris vectigalibus** unterschied man nun aber das erst in späterer Zeit aufgekommene Recht an **Praediis emphyteuticis.** Die ersten bestimmteren Erwähnungen dieses Rechts beziehen sich auf Patrimonialgüter des **Princeps**, spätere auch auf Grundstücke bloßer Privatpersonen. Diesem Rechte nun lag ebenfalls eine Erbpacht zum Grunde. Daß der Erbpächter auch hier, wie bei den **Praediis vectigalibus** eine **In rem actio** hatte, dafür fehlt es zwar an einem ausdrücklichen Zeugnisse — allein daß es so war, läßt sich schon daraus allein schließen, daß in einer Stelle, die nachher vorkommen wird (s.

1) **L. 1. pr. D. h. t.**

Note 4.), das emphyteutische Recht ein **Jus praedii** genannt wird: dieser Ausdruck würde für ein, auf ein Grundstück sich beziehendes, bloß obligatorisches Recht ganz unpassend sein. Sonach waren denn also das **Jus in agro vectigali** und das **Jus emphyteuticum**, Rechte ganz ähnlicher Art. Der Unterschied lag zunächst nur in der Persönlichkeit des Eigenthümers.

Im Justinianischen Rechte wird zwischen beiden Rechten, gar kein Unterschied weiter gemacht: Alles was in den Justinianischen Rechtsquellen über das **Jus in agro vectigali** vorkommt, gilt auch für das **Jus emphyteuticum**, und umgekehrt. Auf diese Gleichstellung beider Rechte weis't hin die oben angegebene Ueberschrift des Pandektentitels **VI. 3.** Desgleichen die in der **L. 15. §. 1. D. qui satisdare cogantur etc. II, 8.** vorkommenden Worte: »**qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet.**«

Hiernach haben wir es also nur mit Einem Rechtsverhältnisse zu thun. — Unter den mehren in den Quellen vorkommenden Ausdrücken pflegt man vorzugsweise den Ausdruck **Emphyteusis** zu gebrauchen. Einen vollkommen adäquaten Deutschen Ausdruck haben wir nicht.

Folgende einzelne Bemerkungen mögen hier noch Platz finden:

1. Die **Emphyteusis** ist ein dingliches Recht. Aber man darf dabei nicht vergessen, daß ursprünglich ein bloß obligatorisches Verhältniß zum Grunde lag, nämlich ein Pachtverhältniß, welchem man für gut fand einen dinglichen Charakter beizulegen. Dieser Umstand ist auf die Ausbildung der ganzen Theorie dieses Instituts von wesentlichem Einflusse gewesen.

2. Die **Emphyteusis** ist ein **Jus in re aliena**. Die ehemals herrschende Ansicht war diese, daß die **Emphyteusis** eine eigenthümliche Art des Eigenthums wäre. Man wandte nämlich darauf jenen Begriff eines **Dominium utile** an, von welchem früher die Rede gewesen ist (s. §. 231.): Die **Emphyteusis** galt als **Dominium utile**, das Recht des eigentlichen **Dominus** wurde als **Dominium directum** bezeichnet [3]). Jetzt ist man

2) **L. 1. §. 1. L. 3. D. h. t.**

3) Siehe z. B. **Glück, VIII. S. 290. folg.**

wohl ziemlich allgemein einverstanden, daß die Emphyteusis kein Eigenthum sei, sondern vielmehr ein **Jus in re aliena** [4]).

3. Das Object des emphyteutischen Rechts ist immer ein Grundstück und zwar ein solches, welches für den Landbau oder für den Gartenbau bestimmt ist. Dies lehrt schon der Ausdruck **Ager vectigalis**. Damit ist nicht gesagt, daß die **Emphyteusis** sich nicht auch auf Gebäude beziehen könnte — das kann sie allerdings, inwiefern nur auch Acker oder Gartenland oder dergleichen dabei ist. Landgüter haben ja immer zugleich Gebäude. — Viele indessen sind der Meinung, daß eine **Emphyteusis** Statt finden könne auch an bloßen Gebäuden. Sie berufen sich

erstens auf **L. 15. §. 26. D. de damno infecto. XXXIX, 2.** Hier heißt es nach der Lesart des Florentinischen Codex »**Si de vectigalibus aedibus non caveatur — — —.**« Zuerst nun aber ist diese Lesart sehr zweifelhaft. Die Vulgata hat das »**aedibus**« nicht; in den meisten Handschriften fehlt es. Auch kommt sonst nirgend der Ausdruck »**vectigales aedes**« vor. Aber wenn auch die Lesart richtig wäre, so folgt ja daraus noch gar nicht, daß hier von bloßen **aedibus** die Rede sei; der Ausdruck läßt sich ja ganz füglich auf Gebäude beziehen, welche zu einem Landgute gehören.

Zweitens pflegt man sich zu berufen auf die **Nov. 7. cap. 3. §. 2. und Nov. 120. c. 1. §. 2.** Da kommt freilich der

4) Diese Ansicht findet sich namentlich in allen neueren Pandekten-Compendien. Daß sie der Ansicht der Römer entspricht, erhellt vollkommen aus den nachfolgenden Pandektenstellen: **cit. L. 1. §. 1. D. h. t.**: »Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini .....« **L. 10. D. familiae hercisc. X, 2.**: »Item praedia, quae nostri patrimonii sunt; sed et vectigalia et superficiaria .....« **L. 3. §. 4. D. d. reb. eorum, qui sub tutela etc. XXVII, 9.**: »Si jus ἐμφυτευτικὸν vel ἐμβατικὸν habeat pupillus, videamus an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est, non posse, quamvis jus praedii potius sit.« **L. 71. §. §. 5. 6. D. d. legat. I.**: »§. 5. Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat petique possit, videamus. Et Julianus . . . scribit: quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen quia aliquod jus in eo is, qui legavit, habet, valere legatum. §. 6. Sed et si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id jus, quod in vectigalibus fundis habemus.«

Ausdruck **Emphyteusis** vor in Bezug auf bloße Gebäude: aber die Novellen sind gerade nicht der Theil des **Corpus juris**, aus welchem sich der Sprachgebrauch bestimmen läßt; und so ist vielmehr anzunehmen, daß hier **Emphyteusis** genannt sei, was eigentlich **Superficies** genannt wird. Soll es eine **Emphyteusis** geben auch an bloßen Gebäuden, so haben wir gar keinen charakteristischen Unterschied mehr zwischen der **Emphyteusis** und der **Superficies**. Dieser nämlich besteht eben darin, daß jene sich auf landwirthschaftliche Grundstücke, diese aber auf bloße Gebäude bezieht [5]).

4. Das in der **Emphyteusis** enthaltene dingliche Recht ist mit einer eigenthümlichen **Obligatio** verbunden; und das kann um so weniger auffallen, als, wie ich schon unter Nr. 1. bemerkt habe, das Obligatorische sogar die Grundlage des ganzen Verhältnisses ausmacht. Hieraus aber ergibt sich, daß im weitern Verfolg nicht bloß auf die Rechte, sondern auch auf die Verbindlichkeiten des **Emphyteuta** Rücksicht zu nehmen sein wird.

5. Die Neuern theilen die **Emphyteusis** ein in die **ecclesiastica** und in die **secularis**, also in die kirchliche und in die weltliche, jenachdem der Gegenstand des emphyteutischen Rechts der Kirche, oder irgend einer andern Person angehört. Wir werden weiterhin sehen, daß in ein paar Beziehungen bei kirchlichen Emphyteusen andere Gesetze gelten, als bei weltlichen.

§. 321.

b. Rechte des Emphyteuta.

Der **Emphyteuta** hat den vollen Nießbrauch der Sache; er kann sie also nicht nur auf jede andere Weise gebrauchen, sondern insbesondere auch, um Früchte davon zu ziehen [1]). Aber er ist darauf nicht beschränkt; das emphyteutische Recht ist von weiterer Ausdehnung, als der Nießbrauch. Denn

1. während der Fructuar nur die Detention der Sache in Anspruch nehmen kann, gebührt dem **Emphyteuta** der volle juri-

5) Vgl. Glück, **VIII.** S. 392. folg., welcher übrigens entgegengesetzter Ansicht ist.

1) **L. 1. §. 1. D. h. t. §. 3. I. d. locat. et conduct. III, 24. (25.)**

stische Besitz derselben. Und hiermit hängt denn auch das zusammen, daß der Fructuar erst durch Perception, der Emphyteuta aber schon durch bloße Separation Eigenthümer der Früchte wird [2]).

2. Der Emphyteuta hat über die Substanz der Sache ein freieres Dispositionsrecht als der Fructuar; nur daß er sie nicht deterioriren darf.

3. Der Emphyteuta kann, was dem Fructuar nicht frei steht, die Sache mit Servituten belasten [3]). Auch wird von ihm in einigen Stellen gesagt, er könne die Sache verpfänden [4]). Das ist indessen doch nur ein uneigentlicher Ausdruck: Im Fall der Verpfändung ist es nicht die Sache selbst, sondern das emphyteutische Recht, welches den Gegenstand des Pfandrechts ausmacht. Das Nähere darüber wird in dem folgenden Kapitel vom Pfandrechte vorkommen. (§. 369.)

4. Das Recht des Fructuars ist streng an die Person gebunden. Mit dem Rechte des Emphyteuta verhält es sich anders In der Regel geht es auf den Erben über [5]); ja selbst auf singuläre Successoren; der Emphyteuta kann es verkaufen, verschenken, mittelst eines Legats auf einen Andern übertragen u. s. w. [6]). Ich sagte, in der Regel geht das emphyteutische Recht auf die Erben über; nothwendig und zu dem Begriffe wesentlich ist dies jedoch nicht [7]).

§. 322.

c. Verbindlichkeiten desselben.

Gleich dem Fructuarius ist der Emphyteuta verbunden, das Grundstück wie ein bonus paterfamilias zu behandeln, weshalb

2) S. §. 204. Nr. 1. und §. 283. (oben S. 187.)

3) L. 1. pr. D. quib. modis ususfr. vel etc. VII, 4.

4) L. 16. §. 2. D. d. P. A. XIII, 7. L. 31. D. d. pignorib. XX, 1.

5) cit. §. 3. I. d. locat. et conduct. III, 24. (25.) L. 1. pr. D. h. t. L. 10. D. familiae hercisc. X, 2. zu verbinden mit L. 9. D. eod.

6) cit. §. 3. I. d. locat. et conduct. III, 24. (25.) L. 71. §. §. 5. 6. D. d. legat. I. (S. §. 320. Note 4.) L. 3. C. h. t. L. 1. C. d. fundis patrimonialib. XI, 61.

7) Wegen der allgemeinen Bestimmung in L. 2. C. h. t., daß alle pactiones in omnibus capitulis gelten sollen. Siehe auch Glück, VIII. S. 403.

er es denn in guter Cultur halten muß [1]). Auch steht er darin dem Fructuarius gleich, daß er die auf der Sache ruhenden Lasten zu tragen, namentlich die öffentlichen Abgaben aus eignen Mitteln zu bestreiten hat. In der Stelle, welche diese Verpflichtung ausspricht [2]), wird übrigens von dem Emphyteuta nicht bloß gefordert, daß er die öffentlichen Abgaben entrichte, sondern auch daß er die Quittungen darüber dem **Dominus** einhändige.

Außerdem liegen dem **Emphyteuta** nun aber noch andere, den Verhältnissen des Fructuarius ganz und gar fremdartige Verpflichtungen ob; nämlich folgende:

1. Der **Emphyteuta** ist zur Leistung einer jährlichen Abgabe an den **Dominus** verbunden; und zwar muß er diese Abgabe zur gesetzten Zeit unaufgefordert entrichten [3]). Die Benennungen derselben sind: **Pensio**, **Reditus**, **Vectigal**, **Emphyteuticarius canon**, **Canon** schlechthin. Die Abgabe kann in baarem Gelde bestehen, aber auch in Früchten [4]). Gewöhnlich ist sie um ein Bedeutendes geringer, als der Werth der Benutzung. Daher geben denn auch Krieg, Mißwachs und andere Unglücksfälle, welche den Fruchtgenuß schmälern, ja selbst Verminderungen an der Substanz des Grundstücks dem **Emphyteuta** keinen Anspruch auf Verminderung, oder gar Erlaß des Canons. Nur der gänzliche Untergang des Grundstücks hebt die Verpflichtung zur Leistung des Canons auf [5]).

2. Wenn der **Emphyteuta** sein Recht im Wege singulärer Succession auf einen Andern zu übertragen beabsichtiget, so ist er schuldig, den **Dominus** davon zu benachrichtigen und um dessen Zustimmung nachzusuchen. Diese darf jedoch der **Dominus**, der Regel nach, nicht versagen, sobald nur gegen die Tüchtigkeit des Successors keine gegründeten Einwendungen gemacht werden können. Vielmehr ist der **Dominus** verbunden, denjenigen, welcher zum Successor bestimmt ist, innerhalb zweier Monate, nach erfolgter Anzeige, als **Emphyteuta** anzuerkennen, entweder schriftlich mittelst einer darüber ausgestellten Urkunde,

1) Nov. 7. c. 3. §. 2. Nov. 120. c. 8. Auth. Qui rem. C. d. sacrosanct. ecclesiis. I, 2.
2) L. 2. C. h. t.
3) cit. L. 2. C. h. t.
4) Siehe Glück, VIII. S. 416.
5) L. 1. C. h. t. §. 3. I. d. locat. et conduct. III, 24. (25.)

oder mündlich, mittelst einer Erklärung vor der Obrigkeit, oder in Gegenwart eines Notars. Für diese Anerkennung aber ist der **Dominus** eine Remuneration zu fordern berechtiget, welche man heutiges Tages durch folgende Ausdrücke zu bezeichnen pflegt: **Laudemium**, Lehnwaare, Handlohn. Dafür ist indessen gesetzlich ein Maximum bestimmt, welches nicht überschritten werden darf. Es sollen höchstens zwei Procent gefordert werden, entweder vom Kaufpreise, wenn durch Verkauf die Emphyteuse veräußert werden soll, oder von dem durch Schätzung zu ermittelnden Werthe des Grundstücks, wenn die Veräußerung von anderer Art ist. — Ich habe gesagt, der Regel nach, dürfe der **Dominus** seine Zustimmung nicht versagen. Dies leidet eine Ausnahme im Fall des Verkaufes. Nämlich, will der **Emphyteuta** sein Recht einem Andern käuflich überlassen; so muß er, indem er den **Dominus** davon benachrichtiget, diesem zugleich die Bedingungen des Kaufes anzeigen. Und ist dann der **Dominus** bereit, dieselben Bedingungen zu erfüllen; so muß der **Emphyteuta** an ihn verkaufen, wovon die Folge natürlicher Weise die ist, daß der **Dominus** nun wieder voller, unbeschränkter Eigenthümer wird, und das emphyteutische Recht erlischt. Der **Dominus** hat also ein Vorkaufsrecht. Will er aber von diesem Gebrauch machen, so muß er es thun innerhalb der ersten zwei Monate nach erfolgter Anzeige; später kann er das ihm zuständige Vorkaufsrecht nicht mehr geltend machen [6]).

Es bleiben jetzt noch einige einzelne Bemerkungen zu machen:

1. Die unter Nr. 2. angeführten Bestimmungen sind insgesammt subsidiärer Art, d. h. eintretend nur da, wo bei Constituirung der Emphyteuse, ein Anderes nicht besonders ausgemacht ist.

2. Viele Rechtsgelehrte wollen die Nothwendigkeit einer vorgängigen Anzeige an den **Dominus** nur im Fall eines beabsichtigten Verkaufs anerkennen. Allein nach einer richtigen In-

6) Alle diese Bestimmungen beruhen auf **L. 3. C. h. t.**, einer Constitution Justinians.

terpretation der hier normirenden Constitution Justinians [7]), tritt sie bei jeder Veräußerung ein.

3. Aus dem Vorgetragenen ergibt sich von selbst, daß bei dem Uebergange des emphyteutischen Rechts auf den Erben des Emphyteuta kein Laudemium erlegt zu werden braucht.

4. Die (Note 6.) angeführte Justinianische Constitution sagt nicht, wer das Laudemium zu entrichten habe, ob der bisherige, oder der neue Emphyteuta. Die Praxis hat dafür entschieden, daß der neue Emphyteuta es zu zahlen habe [8]).

5. Viele Neuere halten den Emphyteuta für verpflichtet, das Grundstück zu melioriren. Dies ist indessen ohne gesetzlichen Grund. Das eigne Interesse wird den Emphyteuta zu Meliorationen veranlassen; allein eine Pflicht dazu ist nicht vorhanden [9]).

§. 323.

d. Rechtsmittel.

Zuerst soll gehandelt werden von den Klagen, wodurch das in der Emphyteusis enthaltene dingliche Recht geltend gemacht werden kann; dann zweitens von der die Verbindlichkeiten des Emphyteuta betreffenden Klage. Dort haben wir uns den Emphyteuta, hier den Eigenthümer als Kläger zu denken.

Denken wir uns in Beziehung auf den ersten Fall, Jemand ist zu dem emphyteutischen Rechte, welches er sich beilegt, auf eine den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Weise gelangt, und vermag dies auch, erforderlichen Falles, nachzuweisen; so wird er sein Recht gegen Jeden, der ihm den Gegenstand desselben vorenthält, mit einer **In rem actio** geltend machen können [1]), welche **Vectigalis actio** genannt wird [2]).

Dagegen. Nehmen wir an: Es kann oder mag Jemand zwar nicht nachweisen, daß das emphyteutische Recht, welches er zu haben behauptet, ihm wirklich und in der That zustehe —

7) cit. L. 3. C. h. t.
8) S. Glück, VIII. S. 478. folg.
9) Vgl. Mühlenbruch, Pand. §. 297.

1) L. 1. §. 1. L. 3. D. h. t.
2) L. 15. §. 26. D. d. damno inf. XXXIX, 2.

aber er ist früher, in dem guten Glauben, es erworben zu haben, durch Tradition zu dem Besitze der Sache gelangt: dann wird er gegen denjenigen, der ihm die Sache vorenthält, inwiefern dieser ein schwächer Berechtigter ist, die **Publiciana actio** anstellen können [3]).

Wir stoßen hier also auf einen ähnlichen Unterschied, wie bei dem Eigenthume und bei den Servituten. Werden ihm die der Sache zustehenden Servituten bestritten, so kann er sich, wie bereits gezeigt worden, der **Confessoria actio** bedienen. Vergl. §. 290.

Zweitens mögen wir nun auch fragen: Mit welcher Klage kann der **Dominus** den **Emphyteuta** zur Erfüllung der demselben obliegenden Verbindlichkeiten anhalten?

Liegt der Emphyteuse ein Vertrag zum Grunde, so wird der Eigenthümer sich der aus diesem Vertrage entspringenden Klage bedienen können: diese Klage wird von den Neuern **Emphyteuticaria actio** genannt. Nach der Analogie dieser Klage, muß man dem Eigenthümer aber auch da eine Klage zugestehen, wo die **Emphyteusis** nicht auf einem Vertrage beruht.

§. 324.

B. Erwerb.

Denken wir uns: Es ist eine Emphyteuse bereits vorhanden. Diese wird, wenn nicht etwa das Gegentheil besonders ausgemacht ist, von dem gegenwärtigen Inhaber durch Succession auf einen Andern übergehen können, sowohl durch singuläre, als durch universelle. Nun aber fragt es sich ferner: Wie kann eine Emphyteuse entstehen da, wo überall noch keine vorhanden ist?

Es kann dies bewirkt werden

1. Durch einen Vertrag zwischen dem Eigenthümer und demjenigen, welchem das emphyteutische Recht bestimmt ist [1]). Dieser Vertrag, der unter dem Namen **Emphyteuticarius contractus** oder **Emphyteuseos contractus** vorkommt, wird im

3) **L. 12. §. 2. D. d. Public. in rem act. VI, 2.**

1) **§. 3. I. d. locat. et conduct. III, 24. (25.) L. 1. C. h. t.**

neueren Römischen Rechte als ein ganz eigenthümlicher Contract behandelt. Zunächst ist er ein obligatorischer Vertrag und in dieser Beziehung wird das Nähere darüber im §. 519. vorgetragen werden; aber er hat daneben zugleich die Bedeutung eines dinglichen Vertrages; und daher reicht er schon für sich allein zur Hervorbringung des emphyteutischen Rechtes hin, ohne daß erst noch Tradition hinzuzukommen brauchte. Nur der Vertrag wird in unseren Quellen als Bedingung der dinglichen Klage bezeichnet [2]). Mit Recht sagt daher Schweppe [3]), daß es einer Besitzübertragung nur zum Zwecke der **Publiciana actio** bedürfe. Die meisten Rechtsgelehrten sind allerdings anderer Meinung. Sie glauben, daß nach der Analogie desjenigen, was überhaupt von dem Eigenthume gilt, auch bei der Bestellung der **Emphyteusis** die Tradition zum Vertrage hinzukommen müsse [4]).

2. Die **Emphyteusis** kann gleich jedem andern dinglichen Rechte durch Vermächtniß hervorgebracht werden.

3. Kann aber eine **Emphyteusis** auch durch Ersitzung hervorgebracht werden?

Denken wir uns erstens folgenden Fall: Ich bin voller, unbeschränkter Eigenthümer des Grundstücks. Aber aus irgend einem Irrthume gerire ich mich, als ob ich bloß ein emphyteutisches Recht daran hätte, während ich einen Andern als Eigenthümer anerkenne, und diesem jährlich einen **Canon** zahle. Es fragt sich, wenn dieses factische Verhältniß eine Zeitlang fortgesetzt ist — wird der Erfolg davon der sein können, daß rechtlich mein Eigenthumsrecht in ein bloß emphyteutisches Recht verwandelt wird? Dies würde nur möglich sein, wenn sich annehmen ließe, der Andere wäre seiner Seits in derselben Zeit durch Ersitzung Eigenthümer geworden. Das läßt sich aber nicht annehmen. Denn da ich das Grundstück als **Emphyteuta** inne gehabt habe, so bin ich die ganze Zeit über im Besitze gewesen; der Andere hat keinen Besitz gehabt, und kann eben deshalb

2) Siehe **L. 1. §. 1. D. h. t.**
3) Röm. Privatr. §. 324.
4) So z. B. Thibaut, Pand. §. 779. Wening-Ingenheim, gem. Civilr. Buch II. §. 113. Mühlenbruch, Pand. §. 297.

auch nicht durch Ersitzung Eigenthümer geworden sein. Wir müssen also sagen: In dieser Art kann durch Verjährung eine **Emphyteusis** nicht entstehen; die Natur der Sache läßt es nicht zu [5]).

Nun wollen wir uns zweitens den Fall so denken: Ich besitze als **Emphyteuta** nicht meine Sache, sondern die Sache eines Andern. In der That findet ein emphyteutisches Recht an der Sache überall nicht Statt; aber ich gerire mich, als ob ich ein solches Recht hätte, indem mir z. B. eine **Emphyteusis** wirklich constituirt ist, aber von einem Nichteigenthümer. Wird hier das emphyteutische Recht zum Nachtheil des Eigenthümers durch fortgesetzte Ausübung rechtlich begründet werden können? Wer diese Frage bejahet, behauptet allerdings nichts in sich Widersprechendes; allein in unsern Quellen geschieht eines Erwerbes dieser Art nirgend Erwähnung — und doch ist die Zulässigkeit der Verjährung etwas, was jederzeit besonders muß nachgewiesen werden können. Aber nicht nur, daß sich für die Statthaftigkeit des hier vorausgesetzten Erwerbes keine Stelle anführen läßt; es gibt sogar eine Stelle, welche positiv dagegen spricht [6]). In dieser nämlich werden die **Praedia vectigalia** als solche bezeichnet, die nicht usucapirt werden können; und daß dies nicht auf die Ersitzung des Eigenthums zu beziehen ist, das erhellet aus einer andern Stelle [7]). Eine **Temporis exceptio** werde ich durch fortgesetzten Besitz allerdings erwerben können; mit dieser werde ich nach dem Verlauf von dreißig, oder vierzig Jahren die **Rei vindicatio** des Eigenthümers zurückzuweisen im Stande sein; aber das emphyteutische Recht selbst erwerbe ich nicht [8]). — Diese Ansicht ist indessen keineswegs die herrschende. Vielmehr geht die gewöhnliche Meinung dahin, daß

5) Ich verweise auf Unterholzner, Ausführl. Entwickel. der Verjährungl. §. 239. Nr. III. Anderer Meinung ist Glück, VIII. S. 472. Desgl. Wening-Ingenheim, gem. Civilr. Buch II. §. 114.

6) L. 12. §. 2. D. d. Public. in rem act. VI, 2. »In vectigalibus, et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt.«

7) L. 15. §. 27. D. d. damno infecto. XXXIX, 2. »Sed in vectigali praedio, si municipes non caverint, dicendum est, dominium per longum tempus acquiri.«

8) Ueber diesen letzten Punkt siehe Unterholzner a. a. O. Nr. I. u. II.

allerdings in unserm Falle das emphyteutische Recht durch Ersitzung erworben werde.

Außer den bisher angeführten zwei Fällen kommt nun aber noch ein dritter Fall in Betracht. Angenommen, A. hat an einem Grundstücke ein emphyteutisches Recht. Aber nicht er ist im Besitze, sondern ich bin es. Ich gerire mich, gleich als ob das emphyteutische Recht mir zustände. Es fragt sich, werde ich dieses nun durch fortgesetzten Besitz erwerben können? — In den vorigen Fällen war von einer Ersitzung die Rede gegen den Eigenthümer; hier ist die Rede von einer Ersitzung gegen den wahren, wirklichen **Emphyteuta**. Darin liegt der Unterschied beider Fälle. Die Denkbarkeit nun einer solchen Ersitzung, wie wir sie hier in Frage gestellt haben, ist nicht zu läugnen. Aber anerkannt finden wir die Zulässigkeit derselben in unsern Quellen nicht. Vielmehr steht auch hier die in Note 6. angeführte Stelle entgegen. Daher läßt sich, einer richtigen Ansicht nach, dem fortgesetzten Besitze nur die Kraft beilegen, daß er gegen die **Vectigalis actio** des wahren wirklichen **Emphyteuta** eine **Temporis praescriptio** begründet. Diese Ansicht stimmt nun aber ebenfalls mit der gewöhnlichen nicht überein. Vielmehr pflegt man auch in diesem dritten Falle eine erwerbende Ersitzung des emphyteutischen Rechts selbst anzunehmen [9]).

Nun aber bleibt noch eine Frage von allgemeinerer Beziehung übrig: nämlich, wenn man eine erwerbende Ersitzung des emphyteutischen Rechts statuiren will, so fragt es sich, nach welchen Grundsätzen ist diese Ersitzung zu beurtheilen? Darüber sind die Meinungen sehr verschieden:

Die Einen behaupten, man müsse die Grundsätze von der Ersitzung des Eigenthums anwenden; eine Meinung, die ihren Grund darin hat, daß man ehedem die **Emphyteusis** allgemein als eine Art des Eigenthums ansah. Diese Grundansicht ist aber unrichtig; und überdies steht der analogen Anwendung des Eigenthumsersitzes die schon mehrmals in Bezug genommene, in Note 6. angeführte, Stelle entgegen. Will man also einmal eine erwerbende Verjährung bei dem emphyteutischen Rechte anneh-

9) Dies thut hier auch Unterholzner a. a. O. §. 240.

men, so ist gewiß angemessener, dabei, mit Thibaut [10]), die Analogie der Servituten-Ersitzung eintreten zu lassen.

C. Aufhebung.

§. 325.

a. Von der Aufhebung der Emphyteuse im Allgemeinen.

Ueber gewisse Aufhebungsgründe ist man einverstanden; von diesen will ich zuerst sprechen. Andere sind streitig; davon soll zuletzt die Rede sein.

Zu jenen ausgemachten Aufhebungsgründen gehört:

1. die **Confusio** — also Vereinigung des emphyteutischen Rechts mit dem Eigenthumsrechte in einem und demselben Subjecte.

2. Gänzlicher Untergang des Objects; vergl. §. 322.

3. Der Tod des **Emphyteuta**, wenn das emphyteutische Recht ihm nur für seine Person gegeben war — auch außerdem, wenn er stirbt, ohne Erben zu hinterlassen.

4. Das Erlöschen des dem Concedenten zustehenden Rechts, nach der Regel: »**Resoluto jure concedentis resolvitur jus accipientis.**« S. §. 221.

5. Ablauf der Zeit, wenn anders die **Empyteusis** nur auf Zeit verliehen war [1]); endlich

6. arge Verletzung der dem **Emphyteuta** obliegenden Verbindlichkeiten: In gewissen Fällen nämlich, welche man Privationsfälle zu nennen pflegt, verliert der **Emphyteuta** sein Recht zur Strafe für die Vernachlässigung seiner Verpflichtungen. Von diesen Fällen wird im §. 326. noch besonders gehandelt werden.

Ich wende mich nun zu den streitigen Aufhebungsgründen.

Zuerst fragt es sich: kann die **Emphyteusis** aufgehoben werden durch Entsagung von Seiten des **Emphyteuta**? Daß dies geschehen kann, sobald der **Dominus** einverstanden ist, das

10) Pand. §. 1018. Nov. 7. c. 3. §. 2. Nov. 120. c. 6.
1) Darüber vergl. L. 3. D. h. t. §. 1.

leidet allerdings keinen Zweifel. Aber es fragt sich, ob einseitige Verzichtleistung genüge. Darüber streitet man. Einige halten einseitige Verzichtleistung hier für eben so zulässig, wie bei dem **Ususfructus**; Andere aber sagen: Mit der **Emphyteusis** verhält es sich ganz anders; der **Ususfructus** bezweckt bloß den Vortheil des Usufructuars; die Emphyteuse aber ist mit auf den Vortheil des Eigenthümers berechnet, welcher das Grundstück, durch Beziehung des Canons nutzt, ohne daß er nöthig hätte, sich irgend um die Cultur desselben zu bekümmern. Unmöglich kann es gestattet sein, daß der **Emphyteuta** dem **Dominus** diesen Vortheil nach Willkür entziehe. Ueberdies steht der Zulässigkeit eines solchen Verfahrens ein ausdrücklicher Text entgegen [2]). Diese Ansicht nun halte ich für die richtige. Nach Glücks [3]) Versicherung, hat jedoch die zuerst erwähnte Meinung die Praxis für sich.

Eine zweite zweifelhafte Frage ist die — ob das emphyteutische Recht durch Verjährung aufgehoben werden könne?

Zunächst ist hierbei zu untersuchen, ob und inwieweit das emphyteutische Recht aufhören könne in Folge einer anderweitigen, erwerbenden Verjährung? In dieser Beziehung nun bemerke ich Folgendes:

1. Wenn ich ein emphyteutisches Recht an einem Grundstücke habe, und später der **A.** an eben diesem Grundstücke seiner Seits durch Verjährung ein emphyteutisches Recht erwirbt, so muß natürlich mein emphyteutisches Recht aufhören. Es kommt also nur darauf an, ob man diesen Erwerb von Seiten des **A.** für zulässig hält, oder nicht. Ich halte ihn nicht für zulässig; nach der gewöhnlichen Ansicht ist er es aber. Ich erinnere hierbei an den vorigen §. 324. (Seite 302.).

2. Wenn ein Dritter an dem Grundstücke, woran mir ein emphyteutisches Recht zusteht, das Eigenthum ersitzt, so kann dadurch allein mein emphyteutisches Recht nicht aufgehoben werden. Nun aber kann es

3. auch geschehen, daß ich, der ich nur eben ein emphy-

2) **L. 3. C. d. fund. patrimonialib. XI, 61.**

3) Commentar, **VIII.** S. **532.**

teutisches Recht habe, das Grundstück, worauf dieses sich bezieht, **ex justa causa, bona fide**, als Eigenthümer besitze. Hier kann ich möglicher Weise durch fortgesetzten Besitz wirklich Eigenthümer werden — und bin ich das geworden, so ist das emphyteutische Recht durch Confusion aufgehoben; ich bin nun nicht mehr bloßer **Emphyteuta**; ich bin mehr, nämlich voller, unbeschränkter Eigenthümer. Dem steht auch nicht entgegen eine Stelle des Coder [4]), die man wohl gelegentlich dawider angeführt hat. Nach dieser Stelle nämlich soll derjenige, welcher als **Emphyteuta** besitzt, wie lange er auch immer besessen haben mag, doch darum nicht sagen können, er sei Eigenthümer geworden. Aber diese Bestimmung paßt gar nicht auf den Fall, der hier vorausgesetzt worden ist; denn wir haben ja angenommen, daß der **Emphyteuta** nicht als solcher, sondern daß er als Eigenthümer besitzt.

Das Bisherige betraf die Frage, ob und inwieweit das emphyteutische Recht aufhören könne in Folge einer anderweitigen erwerbenden Verjährung. Nun aber fragt es sich ferner: Gibt es eine bloße reine Extinctiv-Verjährung des emphyteutischen Rechts? Daß die Klage zur Geltendmachung des Rechts, der Verjährung unterworfen ist, versteht sich; nur, daß der Beklagte schon nach zehn oder zwanzig Jahren sich mittelst einer **Longi temporis praescriptio** gegen die **Vectigalis actio** sollte schützen können, wie Unterholzner [5]) annimmt, das ist freilich zweifelhaft; nach dreißig oder vierzig Jahren wird er entschieden eine **Temporis praescriptio** haben. So verhält es sich mit der Klage. Allein was das emphyteutische Recht selbst anbelangt, so findet sich von einer Verjährung desselben durch Nichtgebrauch in unsern Quellen keine Spur; es muß daher, nach einer richtigen Ansicht, die Zulässigkeit einer solchen Verjährung schlechthin geleugnet werden. — Viele Neuere sind jedoch einer andern Meinung; sie sagen: wenn der **Dominus**, oder auch irgend ein Dritter das Grundstück, während der für

4) **L. 7. §. 6. C. d. praescript. XXX vel XL annor. III, 39.** in den Worten »**nulla scilicet danda licentia**« u. s. w.

5) Unterholzner, Ausführl. Entwickel. der Verjährungsl. §. 241.

Ersitzung des Eigenthums erforderlichen Zeit als Gegenstand eines freien, unbeschränkten Eigenthums besitzt, so wird dadurch das emphyteutische Recht selbst aufgehoben.

Zum Beschluß habe ich jetzt noch etwas zu sagen über das an die Aufhebung der Emphyteuse sich anschließende obligatorische Verhältniß zwischen dem gewesenen **Emphyteuta** und dem bisherigen Eigenthümer:

Wegen der etwaigen Deterioration muß der gewesene **Emphyteuta** Ersatz leisten, den etwa rückständigen **Canon** muß er nachzahlen; später noch gezogene Früchte herausgeben.

Für den Aufwand, den er zur Abtragung der öffentlichen Abgaben, oder zu dem Zwecke gemacht hat, das Gut in dem gehörigen Stande zu erhalten, kann er keinen Ersatz verlangen; wohl für anderweitige Verwendungen, inwiefern sie als nützlich betrachtet werden können. In den Privationsfällen hat er allerdings, der Strenge nach, selbst wegen solcher anderweitiger Verwendungen keine Ansprüche [6]); die Praxis ist hierin jedoch milder, indem sie Ansprüche dieser Art auch im Falle der Privation anerkennt.

§. 326.

b. Insbesondere von der Privation.

Die einzelnen Privationsfälle sind folgende:

1. Wenn der **Emphyteuta** das **Praedium** deteriorirt, so ist er nicht nur zum Schadensersatze verpflichtet, sondern es kann ihm überdies die **Emphyteusis** ganz und gar genommen werden. Dies wird in **Nov. 120. c. 8.** nur in Hinsicht kirchlicher Emphyteusen angeordnet. Die Praxis aber dehnt diese Bestimmung aus auch auf weltliche Emphyteusen [1]). — Mehre unter den Neueren sind der Meinung, die Strafe der Privation trete nur dann ein, wenn dem **Emphyteuta Dolus** oder wenigstens **Culpa lata** zur Last falle. Das Gesetz indessen macht keinen Unterschied.

2. Bei der **Locatio et conductio** unbeweglicher Sachen ist

6) Wegen des hier Vorgetragenen siehe §. 322., die Stellen in Note 1. u. Note 2.

1) S. Glück, VIII. S. 559.

es Regel: der **Locator** kann noch vor abgelaufener Pacht- oder Miethzeit die Sache zurückfordern, wenn der **Conductor** das Mieths- oder Pachtgeld für zwei auf einander folgende Jahre schuldig geblieben ist [2]), wie wir sehen werden im §. 511. Es ist daher nicht zu verwundern, daß sich bei der **Emphyteusis** etwas Aehnliches findet. Jedoch ist, der Regel nach, der **Emphyteuta** darin besser daran, als der Pächter, daß ihm die **Emphyteusis** erst wegen dreijähriger Versäumniß genommen werden kann [3]). Nur bei kirchlichen Emphyteusen, soll schon eine zweijährige Versäumniß Privation begründen [4]).

Weigert sich der **Dominus** den **Canon** anzunehmen, so kann der **Emphyteuta** den nachtheiligen Folgen der nicht geleisteten Zahlung durch gerichtliche Deposition des Betrags vorbeugen [5]).

Der richtigen Ansicht nach tritt die Privation ein, nicht etwa bloß in dem Falle, da der **Emphyteuta** mit dem ganzen Betrage des Canons für **resp.** drei oder zwei Jahre im Rückstande geblieben ist — sondern auch dann schon, wenn er nur mit einem Theile im Rückstande ist, indem er zwar jedes Jahr etwas, aber nie den vollen **Canon** gezahlt hat. Uebrigens kann der **Emphyteuta**, wenn er einmal **in mora** ist, durch spätere Leistungen des Rückstandes, dem **Dominus** das Recht der Privation nach Römischem Rechte nicht mehr nehmen. Einige Rechtsgelehrte sind jedoch der Meinung, daß er es nach Canonischem Rechte allerdings könne, wofern er nur Zahlung leiste, noch ehe und bevor der **Dominus** seiner Entsetzung halber Klage erhoben habe. Man beruft sich dabei auf **L. 4. X. d. locat. et cond. III. 18.** Indessen es ist sehr die Frage, ob überhaupt diese Stelle irgend etwas beweiset: auf jeden Fall bezieht sie sich nur auf die kirchliche Emphyteusis.

3. Dreijährige Versäumniß in Berichtigung der Entrichtung der öffentlichen Abgaben, begründet ebenfalls das Recht der Privation [6]). Und hier nun ist in Ansehung kirchli-

2) **L. 54. §. 1. L. 56. D. locati. XIX, 2.**
3) **L. 2. C. h. t.**
4) **Nov. 7. c. 3. §. 2. Nov. 120. c. 8.**
5) **cit. L. 2. C. h. t.**
6) **cit. L. 2. C. h. t.**

cher Emphyteusen, nichts Besonderes verordnet; so daß es also durchgängig auf drei Jahre ankommt.

4. Noch findet der Verlust der **Emphyteusis** Statt, wenn im Fall der Veräußerung, der **Emphyteuta** die gesetzmäßige Anzeige an den **Dominus** unterlassen hat [7]). Diejenigen, welche die Nothwendigkeit der Anzeige auf den Fall des Verkaufes beschränken, nehmen natürlich auch nur hier Verlust der **Emphyteusis** an. Uebrigens pflegt man die Strafe der Privation nicht eher für begründet zu achten, als bis das **Praedium** demjenigen, an welchen es veräußert werden soll, übergeben ist.

Nach dieser Erörterung der verschiedenen einzelnen Privationsfälle, ist nun aber noch Einiges anzuführen, was eine gemeinsame Bezeichnung hat für alle Privationsfälle:

1. Gegen den Willen des **Dominus** hört die **Emphyteusis** nie auf. Darüber ist man einverstanden.

2. Wenn nun aber der **Dominus** seinen Willen zu erkennen gibt — ist dann die **Emphyteusis** verwirkt schon von dem Augenblicke an, da der gesetzliche Grund der Privation eintrat, oder erst von dem Augenblicke jener Willenserklärung an? Hierüber ist man verschiedener Meinung. Ich halte den Augenblick, da der gesetzliche Privationsgrund eingetreten ist, für den entscheidenden.

3. Der **Dominus** darf den **Emphyteuta** nicht durch Eigenmacht vertreiben: Er muß auf Entsetzung klagen, eine Privationsklage anstellen.

III. Von der Superficies. (§. §. 327. 328.)

† **DIG. XLIII, 18. De superficiebus.**

§. 327.

A. Rechtliche Natur.

Der Ausdruck **Superficies** bezeichnet erstens Alles, was sich über der Oberfläche des Bodens befindet, vorausgesetzt, daß es mit diesem zusammenhängt. In diesem Sinne ist also **Superficies** kein Recht, sondern nur der mögliche Gegenstand eines

7) **L. 3. C. h. t.**

Rechtes. Zweitens bezeichnet **Superficies** das eigenthümliche Recht, von welchem hier die Rede sein soll, und welches wir im Deutschen Platzrecht nennen.

Dieses Recht ist ein der **Emphyteusis** analoges Recht, bestehend in der immerwährenden, oder wenigstens eine längere Zeit umfassenden Benutzung eines fremden Gebäudes.

Der Inhaber des Rechtes wird **Superficiarius** genannt, und unter dieser Benennung dem **Dominus**, oder wie er auch bezeichnet wird, dem **Dominus soli** entgegengesetzt. — Der Gegenstand des Rechtes, also das Gebäude, von dessen Benutzung die Rede ist, wird bald **Superficies**, bald **Superficiariae aedes**, bald **Superficiaria insula** genannt.

Zur Erläuterung der gegebenen Definition bemerke ich Folgendes:

1. Die ehemals herrschende Ansicht legte dem **Superficiarius**, gleich dem **Emphyteuta**, ein **Dominium utile** bei; nach der jetzt herrschenden Ansicht aber hat der **Superficiarius** nur ein **Jus in re aliena**. Und daß diese letzte Ansicht die richtige sei, von der auch die Römischen Juristen ausgingen, dafür sprechen ganz entscheidende Stellen unserer Pandekten [1]). Ihnen zu Folge ist der Eigenthümer des Bodens, und er allein auch Eigenthümer des Gebäudes. Das Recht des **Superficiarius** wird mit dem des **Fructuarius** und des Pfandgläubigers verglichen.

2. Das superficiarische Recht ist seinem Ursprunge nach, gleich dem emphyteutischen Rechte, ein obligatorisches Recht. Aber der Prätor gab dem Superficiar eine Klage, mit welcher er sein Benutzungsrecht gegen Jeden sollte geltend machen können, also eine **In rem actio** — und dadurch erhielt das Recht des Superficiars einen dinglichen Charakter. Diesen legte der Prätor indessen dem superficiarischen Rechte nicht schlechthin bei,

1) **L. 2. D. h. t.: »Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sint, quarum proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum.« L. 86. §. ult. D. d. legat. I.: »Valet legatum, si superficies legata sit ei, cujus in solo fuerit, licet is dominus soli sit; nam consequetur, ut hac servitute liberetur ...« L. 19. pr. D. d. damno inf. XXXIX, 2.: »..... sive domini sint, sive aliquod in ea re jus habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius.«**

sondern nur unter der schon in unserer Definition bezeichneten Voraussetzung einer längeren Dauer [2]).

Nach dem eben Gesagten läßt sich schon von vornher erwarten, daß das dingliche Recht des Superficiars mit gewissen obligatorischen Verpflichtungen verbunden sein werde. Und so ist es auch in der That.

Außer dem, was hier über die Superficies im Allgemeinen bemerkt worden, ist nun aber noch etwas Näheres zu sagen:

I. Ueber die Rechte des Superficiars.

Der Superficiar hat an dem Gebäude, welches den Gegenstand seines Rechts ausmacht, das volle Benutzungsrecht [3]). Auf den Besitz aber hat er keinen Anspruch, sondern nur auf die Detention [4]). In dieser Beziehung also steht er dem Emphyteuta nach. Dagegen kann er gleich diesem, Servituten constituiren [5]). Nach einigen Stellen [6]) kann er das Gebäude auch verpfänden — allein der eigentliche Gegenstand der Verpfändung ist doch nicht das Gebäude selbst, sondern das superficiarische Recht daran. Ich erinnere hierbei an den §. 321. Nr. 3. Uebrigens geht das Recht des Superficiars auf seine Erben über; auch kann er es mittelst singulärer Succession auf Andere übertragen [7]).

II. Ueber die Verbindlichkeiten des Superficiars.

Der Superficiar ist verbunden, das Gebäude gleich einem **bonus paterfamilias** zu benutzen. Es wird dies nirgends ausdrücklich gesagt; wir müssen es aber annehmen nach der Analogie des **Ususfructus** und der **Emphyteusis**. Nach derselben

2) L. 1. §. 3. D. h. t. »Quod ait Praetor: si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo, sic intelligendum est, ut si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.«

3) L. 1. pr. D. h. t.

4) S. §. 204. a. E.

5) L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. vel etc. VII, 4. L. 1. §. §. 6. 9. D. h. t.

6) L. 16. §. 2. D. d. P. A. XIII, 7. L. 13. §. 3. D. d. pignorib. etc. XX, 1. L. 15. D. qui potiores in pignore etc. XX, 4.

7) L. 10. D. familiae hercisc. X, 2. zu verbinden mit L. 9. D. eod. (S. Note 1.) cit. L. 86. §. ult. D. d. legat. I. L. 1. §. 7. D. h. t.

Analogie ist er zur Entrichtung der öffentlichen Abgaben verpflichtet. Endlich hat er auch an den **Dominus** eine Abgabe zu entrichten, einen Grundzins, eine **Pensio**, ein **Solarium** [8]). Manche Neuere betrachten diesen Grundzins als etwas Unwesentliches; die angeführten Stellen aber zeigen, daß dies unrichtig ist. Davon, daß der Superficiar bei Veräußerung dem **Dominus** Anzeige zu machen hätte, kommt nirgend etwas vor.

III. Ueber die Rechtsmittel bei der Superficies.

Der Superficiar hat zwar nicht die **Rei vindicatio** — diese steht nur dem **Dominus soli** zu [9]); aber er hat zur Geltendmachung seines Rechts eine eigne **In rem actio** [10]), welche man **Actio de superficie** zu nennen pflegt. Indessen soll diese Klage mit Erfolg angestellt werden können, so muß der Kläger das behauptete superficiarische Recht nicht nur in der That haben, sondern dieses auch, erforderlichen Falls, vollständig nachzuweisen im Stande sein. Will er dieser Nachweisung überhoben sein, oder vermag er dieselbe nicht zu beschaffen, so kann er sich möglicher Weise mit der **Publiciana actio** helfen, welche hier in eben der Art Anwendung findet, wie bei der **Emphyteusis** [11]).

Aber der **Superficiarius** hat nicht bloß Rechte, sondern auch Verbindlichkeiten zu erfüllen, derenthalben er von dem **Dominus** in Anspruch genommen werden kann. Beruht nun die **Superficies** auf einem Vertrage, so wird der **Dominus**, wie er selbst aus diesem Vertrage belangt werden kann [12]), so auch seiner Seits daraus klagen und auf diesem Wege den Superficiar zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten anhalten können. In der Regel ist der Vertrag eine **Locatio et conductio**; in der Regel wird also der **Dominus** sich der **Locati actio** bedienen können. Und diese muß man ihm denn, in der Gestalt einer **Utilis actio**,

8) **L. 73. §. 1. L. 74. D. d. R. V. VI, 1.**: »(L. 73. §. 1.) Superficiario, (L. 74.) id est, qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet.« **L. 15. D. qui potiores in pignore etc. XX, 4.**

9) **L. 1. §. 4. D. h. t.**

10) **L. 73. §. 1. bis L. 75. D. d. R. V. VI, 1. L. 1. §. §. 1. 3. 6. D. h. t.** (S. Note 2.)

11) **L. 12. §. 3. D. d. Publ. in rem act. VI, 2.**

12) **cit. L. 1. §. 1. D. h. t.**

auch dann zugestehen, wenn etwa die **Superficies** ohne allen Vertrag entstanden ist.

§. 328.

B. Erwerb und Aufhebung.

I. Erwerb.

Aus demjenigen, was in dem vorigen Paragraphen über die Rechte des **Superficiarius** gesagt ist, geht hervor, daß das superficiarische Recht durch Succession erworben werden kann, durch singuläre sowohl, als durch universelle.

Der ursprüngliche Erwerb aber kann begründet werden:

1. Durch einen Vertrag zwischen dem Eigenthümer und demjenigen, welchem das superficiarische Recht zu Theil werden soll. Dieser Vertrag ist indessen nicht, wie bei der **Emphyteusis**, ein ganz besonderer, von allen übrigen verschiedener Vertrag; sondern mehrentheils ist er, wie ich vorhin schon bemerkt habe, ein Miethsvertrag, gelegentlich auch wohl ein Kaufvertrag; nur daß allerdings diese Verträge durch die Natur des dem Miether oder Käufer an der Sache einzuräumenden superficiarischen Rechts eigenthümlich modificirt werden [1]). Namentlich kann der Vertrag, wodurch Jemanden ein superficiarisches Recht eingeräumt wird, nicht als ein bloß obligatorischer angesehen werden; er ist zugleich ein dinglicher Vertrag. Und daher ist, der richtigen Ansicht nach, zur Hervorbringung des superficiarischen Rechts schon der bloße Vertrag genügend, ohne daß Tradition hinzuzukommen brauchte. Nach der gewöhnlichen Meinung indessen ist Tradition allerdings nothwendig [2]).

2. Eine zweite Art des ursprünglichen Erwerbes ist die auf den Grund eines Vermächtnisses. Denn es kann überhaupt jedes dingliche Recht durch Vermächtniß begründet werden.

3. Durch Ersitzung entsteht, der richtigen Ansicht nach, die **Superficies** nicht. Die gewöhnliche Meinung indessen gestattet diese Art der Entstehung. Dabei wollen, auf eine ähnliche Weise wie bei der **Emphyteusis**, die Einen die Analogie

1) **L. 1. §. 1. D. h. t.** Wening-Ingenheim, gem. Civilr. Buch **II. §. 123.**
2) S. Thibaut, Pand. §. 779.

der Eigenthums = Ersitzung, die Andern dagegen die Analogie der Servituten = Ersitzung angewandt wissen.

II. Aufhebung.

Die **Superficies** hört auf ganz auf dieselbe Weise, wie die **Emphyteusis**; nur mit dem Unterschiede, daß dabei keine Privation eintritt. Einige zwar nehmen für den Fall, da das **Solarium** nicht gehörig entrichtet wird, Privation an. Sie berufen sich dabei auf eine Stelle der Pandekten [3]). Diese aber sagt weiter nichts, als daß eine von dem **Superficiarius** vorgenommene Verpfändung dem Rechte des **Dominus** auf Leistung des **Solarii** keinen Eintrag thue. Die Stelle beweist also nichts.

Bei der Aufhebung der **Superficies** durch Untergang des Objects, also durch Zerstörung des Gebäudes, entsteht die Frage, ob mit der Wiederherstellung des Gebäudes die **Superficies** wieder auflebe? Man ist darüber verschiedener Meinung. Ich möchte denjenigen beistimmen, welche die Frage verneinen.

3) **L. 15. D. qui potior. in pignore etc. XX, 4.**

Zweites Buch.

Sachenrecht.

Fünftes Kapitel.

Von dem Pfandrechte.

† DIG. XX, 1. De pignoribus et hypothecis, et qualiter ea contrahantur, et de pactis eorum. — † COD. VIII, 14. De pignoribus et hypothecis.

I. Einleitung. (§. §. 329 — 331.)

§. 329.

A. Begriff des Pfandrechtes.

Ehe ich dazu schreite, den Begriff des Pfandrechts selbst näher zu bestimmen, wird es nicht ungehörig sein, daß ich der hierauf sich beziehenden Erörterung die Bezeichnung des Sprachgebrauchs vorausschicke.

Die Römischen Ausdrücke für das Pfandrecht sind: **Pignus, Hypotheca.** — Derjenige, dem das Pfandrecht zusteht, der Pfandgläubiger, wie wir im Deutschen sagen, heißt **Creditor pigneratitius.** — Der Gegenstand des Pfandrechts, das Pfand, die verpfändete Sache, wird im Lateinischen durch dieselben Ausdrücke bezeichnet, wie das Recht; also auch das Pfand heißt **Pignus, Hypotheca.** Es sind dies jedoch nicht die einzigen Ausdrücke. Nämlich: eine Sache verpfänden, also Jemand ein Pfandrecht daran einräumen, heißt:

»Rem pignori nectere; rem pignori obligare; rem pignerare; rem supponere.« Und daher wird denn die verpfändete Sache selbst häufig so bezeichnet: »Res pignori nexa; res pignori obligata; res obligata; res pignerata; res supposita.« Damit hängt denn ferner dieses zusammen, daß für Verpfändung der Ausdruck **Obligatio** gebraucht wird. In dieser Bedeutung heißt also **Obligatio** etwas ganz Anderes, als in der gewöhnlichen Bedeutung.

Was nun aber den Begriff des Pfandrechts anbelangt, so will ich zunächst bei dem eigentlichen Pfandrechte stehen bleiben. Neben diesem gibt es auch ein uneigentliches; darauf werde ich nachher kommen.

Das eigentliche Pfandrecht können wir so definiren: Es ist ein **Jus in re aliena**, bezweckend die Sicherstellung desjenigen, welchem es zusteht, in Bezug auf die Erfüllung einer obligatorischen Verpflichtung, die ein Anderer gegen ihn hat.

Es kommt jetzt darauf an, den eben aufgestellten Begriff noch weiter zu entwickeln.

1. Das Pfandrecht ist überhaupt ein dingliches Recht — mithin ist es ein solches, welches eine unmittelbare Beziehung auf irgend einen körperlichen Gegenstand hat, und gegen Jeden, er sei wer er wolle, geltend gemacht werden kann[1]).

2. Das Pfandrecht ist insbesondere ein solches dingliches Recht, welches in die Reihe der **Jura in re**, nämlich **in re aliena** gehört. Es liegt darin jederzeit eine Beschränkung des Eigenthums — und zwar eines fremden Eigenthums. An einer eigenen Sache kann man der Regel nach kein Pfandrecht haben. Dies folgt schon aus dem allgemeinen Begriffe eines **Jus in re** überhaupt; es kommt hier nun aber allerdings noch der besondere Grund hinzu, daß meine eigene Sache mir in Bezug auf eine Forderung, die ich an einen Andern habe, die Sicherheit,

1) Früher ist dies, so viel ich weiß, von Niemanden bezweifelt worden. Erst neuerdings hat Zimmern im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. **VII.** S. **314.** folg. die Behauptung aufgestellt, das Pfandrecht sei kein dingliches Recht. Diese Ansicht ist indessen von Michelsen ebendas. Bd. **VIII.** S. 364. folg. gründlich widerlegt worden.

welche bei dem Pfandrechte bezweckt wird, nicht gewähren kann. — Uebrigens, da das Pfandrecht nur Beschränkung des Eigenthums ist, so wird durch die bloße Existenz desselben das Recht desjenigen, welcher Eigenthümer ist, nicht aufgehoben. Dieser kann daher sein Eigenthumsrecht auf irgend einen Andern übertragen, eben wie er dies könnte, wenn die Sache nicht Gegenstand eines Pfandrechts wäre. Auch darf er weiter verpfänden. Thut er dieses, so entsteht dann freilich unter den Mehren, welche an der Sache ein Pfandrecht haben, eine Collision, deren Erfolg, nach Verschiedenheit der Umstände, verschieden sein kann. Es kann sein, das Pfandrecht des Einen ist kräftiger, wirksamer, als das Pfandrecht des Andern; es kann aber auch sein, die mehren Pfandrechte sind von gleicher Stärke. Das Nähere hierüber wird vorgetragen werden im §. 349. und den folgenden.

Ich sagte vorhin: durch die bloße Existenz des Pfandrechts werde das Recht desjenigen, welcher Eigenthümer ist, nicht aufgehoben; wohl aber kann das Pfandrecht in seiner letzten Wirkung diesen Erfolg herbeiführen; wie sich bald zeigen wird.

3. Das Pfandrecht bezieht sich nothwendig auf irgend ein obligatorisches Verhältniß; auf irgend ein selbstständiges und von dem Pfandrechte an und für sich unabhängiges obligatorisches Recht, welches dem Inhaber des Pfandrechts zusteht, es ist also immer ein accessorisches Recht. — Diese Beziehung macht eben den eigenthümlichen Charakter aus dieses **Juris in re.** Denn

4. darin besteht der Zweck desselben, daß Jemand, der eine Forderung hat an einen Andern, durch dasselbe, dieser Forderung wegen, sicher gestellt werden soll. — Fragen wir aber: Worin zeigt sich denn nun diese Sicherstellung, wie und auf welche Weise wird sie bewirkt? so ist die Antwort diese:

Das **Minimum** der dem Pfandgläubiger zukommenden Befugnisse besteht darin: Wird die obligatorische Verpflichtung, auf welche das Pfandrecht sich bezieht, nicht erfüllt, so ist der Pfandgläubiger befugt, die verpfändete Sache zu verkaufen, und sich aus dem Kaufgelde bezahlt zu machen: er hat also das **Jus alienandi.**

Zugleich aber hat er auch, unter der eben bezeichneten Voraussetzung, die Befugniß, die Detention der Sache in Anspruch zu nehmen, um eben durch diese die **Facultas alienandi** zu erhalten.

Dies, sage ich, ist das **Minimum** desjenigen, was das Pfandrecht seinem Inhaber gewährt. Es kann aber sein, daß es ihm mehr gibt, als dies. Denn nicht selten hat der Pfandgläubiger gleich von Anfang an das **Jus detinendi**, oder gar das **Jus possidendi** — also das Recht eines wirklichen, wenn schon nur abgeleiteten Besitzes. Und in diesen Fällen macht denn die Fortsetzung der Detention oder des Besitzes bis zum Augenblicke der Befriedigung einen wesentlichen Bestandtheil des dem Pfandgläubiger zustehenden Rechtes aus.

Hieraus nun ergibt sich, daß das Pfandrecht in doppelter Beziehung eine Beschränkung des Eigenthums enthält. Das Eigenthum wird dadurch beschränkt seinem Inhalte nach — inwiefern der Inhaber des Pfandrechts ein **Jus detinendi**, oder gar **possidendi** hat. Es wird beschränkt seiner Dauer nach — inwiefern der Inhaber des Pfandrechts die verpfändete Sache zu verkaufen und dadurch dem Rechte des bisherigen Eigenthümers ein Ende zu machen berechtiget ist.

Ich muß nun aber jetzt noch einmal zurückkommen zu demjenigen, was ich unter den Nummern 2. und 3. gesagt habe.

Unter Nr. 2. ist nämlich der Satz festgestellt worden: Man kann kein Pfandrecht haben an seiner eigenen Sache. So unmittelbar nun aber auch dieser Satz aus dem Begriffe des Pfandrechts hervorgeht, so kommen doch Fälle vor, in welchen Jemanden ausnahmsweise ein Pfandrecht an seiner eignen Sache beigelegt wird. Und da fragt es sich denn, was ein solches Pfandrecht für eine Bedeutung haben könne? Die Bedeutung desselben ist beschränkt auf die Voraussetzung, daß andere Pfandgläubiger vorhanden sind. Nämlich habe ich in einem solchen Falle an meiner Sache selbst ein Pfandrecht; so wird dieses dazu dienen können, mir gegen die Ansprüche der übrigen Pfandgläubiger Schutz zu gewähren. Würde nicht mir selbst ein Pfandrecht an der Sache zugeschrieben, so würde ich von den übri-

gen angehalten werden können, ihnen die Sache herauszugeben; sie würden die Sache verkaufen und dadurch mein Eigenthumsrecht aufheben können. Jetzt bin ich gegen diesen Nachtheil mehr oder weniger geschützt, sobald nur mein Pfandrecht besser ist, als das Pfandrecht der Uebrigen, oder diesen wenigstens an Stärke gleich kommt. Die hierher gehörigen Fälle werden in der Folge näher bezeichnet werden (§. §. 338. II. IV. 341. 364.).

Unter Nr. 3. ist gesagt worden: das Pfandrecht setze eine Forderung voraus, die eben durch dasselbe sicher gestellt werden solle. Auch dies ist ein Satz, der unmittelbar aus dem Begriffe des Pfandrechts fließt. Dennoch ist auch er gewissen Modificationen unterworfen. Es kommen Fälle vor, in welchen ein Pfandrecht als fortbestehend angesehen wird, ungeachtet die Forderung, die dadurch sicher gestellt werden sollte, aufgehoben ist. Diese Fälle sind zum Theil von der Art, daß das Pfandrecht nur von einer Forderung auf eine andere, neue, welche in die Stelle von jener tritt, übertragen wird. Aber es kommt auch vor, daß ohne alle Forderung das Pfandrecht fortbesteht. Die einzelnen Fälle werden wir in der Folge kennen lernen, §. §. 341. u. 364.

Durch das bisher Vorgetragene ist die dingliche Natur des Pfandrechts näher bestimmt worden. Nun aber muß ich noch bemerken, daß mit diesem dinglichen Rechte zugleich eine **Obligatio** verbunden ist. Ich meine hier nicht die Forderung, welche dem Pfandrechte zum Grunde liegt, die dadurch sicher gestellt werden soll — davon war bereits vorhin unter Nr. 3. die Rede — sondern ich meine die eigenthümliche **Obligatio** zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder, die erst durch das Pfandrecht hervorgebracht wird. Ich sage zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder. Bei einem durch Vertrag oder letzten Willen constituirten Pfandrechte ist natürlich derjenige der Verpfänder, welcher dem Andern das Pfandrecht einräumt. Bei anderen Begründungen des Pfandrechts aber, z. B. bei einem gesetzlichen Pfandrechte, da ist derjenige als Verpfänder zu betrachten, welchem die Sache zu der Zeit angehört, wo das Pfandrecht seinen Anfang nimmt. Uebrigens wird über diese **Obligatio** das Nähere vorkommen im §. 342. und den folgenden.

Ich wende mich nun zu dem uneigentlichen Pfandrechte. Das eigentliche Pfandrecht ist eine Beschränkung fremden Eigenthumes. Das uneigentliche besteht in einer, dieser ähnlichen Beschränkung irgend eines anderweitigen fremden Rechts. Man pflegt dasselbe auch so zu bezeichnen: es sei ein Pfandrecht an einer unkörperlichen Sache. Hierdurch nun ist der Begriff möglich geworden einer **Hypotheca omnium bonorum** — eines auf das gesammte Vermögen eines Menschen sich beziehenden Pfandrechts. Ein solches ist in Hinsicht der in dem Vermögen befindlichen Eigenthumsrechte ein eigentliches wahres Pfandrecht, in Hinsicht aller übrigen aber ist es ein Analogon des Pfandrechts. — Das Nähere über das uneigentliche Pfandrecht verspare ich für den Schluß dieses Kapitels, nämlich für den sechsten und letzten Abschnitt desselben (§. §. 368—370.). Bis dahin werde ich, wenigstens zunächst, immer nur das eigentliche Pfandrecht ins Auge fassen.

§. 330.

B. Eintheilungen.

Die erste hier in Betracht kommende Eintheilung bezieht sich auf die verschiedene Beschaffenheit der dem Pfandgläubiger zuständigen Befugnisse. Ich meine die Eintheilung in **Pignus** und **Hypotheca**. Nämlich: in der allgemeineren Bedeutung bezeichnen diese Ausdrücke jedes Pfandrecht [1]). Im engeren Sinne aber wird **Pignus** vorzugsweise ein solches Pfandrecht genannt, welches gleich von Anfang an mit der Detention oder dem Besitz des Pfandes verbunden ist. Dagegen heißt **Hypotheca** im engeren Sinne jedes andere Pfandrecht, ohne gleich anfängliche Innehabung der verpfändeten Sache [2]). Im Deutschen braucht man bei beweglichen Sachen zur Bezeichnung eines **Pignus** im engeren Sinne den Ausdruck Faust-

1) **L. 5. §. 1. D. h. t. (XX, 1.) »Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.« §. 7. I. d. actionib. IV, 6.**

2) **cit. §. 7. I. eod. »... nam pignoris appellatione eam proprie contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit: at eam, quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.«**

pfand, der sowohl das Recht, als den Gegenstand bezeichnet. Für **Hypotheca** im engeren Sinne pflegt man den fremden Ausdruck beizubehalten: man sagt Hypothek.

2. Nach dem Gegenstande des Pfandrechtes unterscheidet man zwischen einer **Generalis** und einer **Specialis Hypotheca** [3]). Im Deutschen behält man den Lateinischen Ausdruck häufig bei, indem man generelle und specielle Hypothek sagt; man sagt aber auch allgemeines und besonderes Pfandrecht.

Eine generelle Hypothek ist eine solche, welche das gesammte Vermögen eines Menschen umfaßt, also eine **Hypotheca omnium bonorum.** Dagegen bezieht eine specielle Hypothek sich entweder auf irgend einen einzelnen Gegenstand, oder auf ein Aggregat mehrer einzelner Gegenstände, die nun aber doch nicht das gesammte Vermögen eines Menschen erschöpfen. Dies ist die gewöhnliche, meiner Ansicht nach richtige Bestimmung des Begriffes, woran ich mich denn auch weiterhin durchweg halten werde. Indessen darf ich doch nicht unbemerkt lassen, daß manche Neuere unter einer generellen Hypothek jede verstehen, die eine **Universitas** von Sachen, namentlich auch eine solche, die eine bloße **Universitas facti** zum Gegenstande hat.

3. Nach der Art und Weise der Entstehung unterscheidet man zwischen einem Pfandrechte, welches durch einen darauf abzweckenden Act der Privatwillkür begründet ist, und einem solchen, welches entstanden ist unabhängig von einem Act dieser Art. Jenes nennen die Neueren **Pignus voluntarium**, willkürliches Pfandrecht, dieses **Pignus necessarium**, nothwendiges Pfandrecht. Das willkürliche Pfandrecht beruht wieder entweder auf einem Vertrage, da es dann **Conventionale pignus** genannt wird [4]), ein vertragsmäßiges Pfandrecht; oder es beruht auf einer letztwilligen Erklärung; dann nennen die Neueren es **Pignus testamentarium**, testamentarisches Pfandrecht.

Das **Pignus necessarium** hat seinen Grund entweder in einer besonderen obrigkeitlichen Verfügung, oder in einer

3) **L. ult. C. quae res pignori obl. etc. VIII, 17.**

4) **L. 2. C. d. praetorio pignore etc. VIII, 22.**

allgemeinen gesetzlichen Bestimmung. Jenes nennen die Neueren Pignus praetorium im weiteren Sinne des Wortes. Es kann begründet werden:

Erstens, mittelst einer In possessionem missio, da es dann bei den Neueren Pignus praetorium im engeren Sinne genannt wird, während die Römer den Ausdruck Praetorium pignus nur in diesem Falle gebrauchen [5]).

Zweitens kann es begründet werden dadurch, daß der Richter zum Behuf der Execution eines Urtheils dem Verurtheilten Sachen hinwegnehmen läßt, um durch diese den Sieger zu decken. Dadurch erhält dieser ein Pfandrecht an der weggenommenen Sache. Die Neueren brauchen dafür den Ausdruck Pignus judiciale. Die abgepfändeten Sachen selbst heißen bei den Römern Pignora in causa judicati capta [6]).

Ein Pfandrecht, welches auf unmittelbarer gesetzlicher Anordnung beruhet, nennen die Römer Pignus tacite contractum [7]), desgleichen Tacitum pignus. Die Neueren brauchen dafür auch den Ausdruck Pignus legale, stillschweigendes, gesetzliches Pfandrecht. — Uebrigens darf mit einem tacitum pignus in diesem Sinne nicht verwechselt werden einsolches, welches um deswillen tacitum genannt wird, weil es auf einem stillschweigend eingegangenen Vertrage beruht; also das gesetzliche Pfandrecht darf nicht verwechselt werden mit dem Pignus conventionale tacitum.

4. Wichtig für die Lehre von dem Vorrange der Pfandrechte sind folgende beiden Eintheilungen:

a. Die Eintheilung in privilegirte und nicht privilegirte Pfandrechte. Jene sind solche, welche wegen der Person, welcher sie zustehen, oder wegen der Beschaffenheit der Forderung, welche dadurch sicher gestellt werden soll, mit einem gesetzlichen Vorzugsrechte verbunden sind. Sie werden auch qualificirte

5) Tit. Cod. VIII, 22. De praetorio pignore, et ut in actionibus debitorum missio praetorii pignoris procedat.

6) Tit. Cod. VIII, 23. Si in causa judicati pignus captum sit.

7) Tituli Dig. XX, 2. et Cod. VIII, 15. In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

Pfandrechte genannt, und im Gegensatze gegen dieselben heißen diejenigen Pfandrechte, bei denen dies nicht der Fall ist, einfache, simple, schlechte Pfandrechte.

b. Die zweite Eintheilung, inwieweit sie im Sinne des Römischen Rechts aufgefaßt wird, ist auf eine einzelne Classe von Pfandrechten beschränkt, nämlich auf solche vertragsmäßige Pfandrechte, über deren Bestellung Urkunden aufgenommen sind. Eine solche Urkunde kann unter öffentlicher Auctorität verfaßt, sie kann also ein **Instrumentum publicum** sein. Ist sie nicht unter öffentlicher Auctorität aufgenommen, aber doch von wenigstens drei untadeligen, männlichen Zeugen unterzeichnet, so wird sie ein **Instrumentum quasi publice confectum**, außerdem ein **Instrumentum privatum** genannt. Nach dieser Verschiedenheit nun der vorhandenen Urkunden nennen die Neueren die Pfandrechte selbst bald **publica**, bald **quasi publica**, bald **privata**. Im Deutschen fassen sie die **publica** und die **quasi publica** zusammen unter der gemeinschaftlichen Benennung: öffentliche Pfandrechte. Die praktische Bedeutung aber des hier erwähnten Unterschieds zeigt sich darin, daß die öffentlichen Pfandrechte vor den Privatpfandrechten den Vorzug haben [8]).

§. 331.

C. Umfang des Pfandrechtes.

Es kommt hier auf zwei Fragen an:

I. Welche Gegenstände haften dem Gläubiger?

Denken wir uns zuerst ein an einer einzelnen Sache bestelltes Pfandrecht; da verdient besonders Folgendes hervorgehoben zu werden: Das Pfandrecht an einem Grundstücke umfaßt auch die etwaige spätere Erweiterung des Grundstücks durch Alluvion [1]). Ebenso erstreckt sich das Pfandrecht an einem leeren Platze auch auf das Gebäude, welches daselbst später etwa aufgeführt wird; wie umgekehrt, bei der Verpfändung eines Gebäudes, der Grund und Boden für mitverpfändet gilt: das Pfand-

8) L. 11. C. qui potiores in pignore habeantur. VIII, 18.

1) L. 18. §. 1. D. d. P. A. XIII, 7. L. 16. pr. D. h. t. (XX, 1.)

recht an diesem wird daher durch die Hinwegnahme des Gebäudes nicht aufgehoben [2]). Ferner: wenn die verpfändete Sache dem Verpfänder, zur Zeit der Verpfändung nur der Proprietät nach angehört, der einem Dritten an der Sache zuständige Usus-fructus aber späterhin erlischt, so bezieht sich das Pfandrecht auf das dadurch vervollständigte Eigenthum [3]). — Was die Früchte der verpfändeten Sache anbetrifft, so ist der Grundsatz dieser: In der Verpfändung sind, auch ohne daß es besonders ausgemacht zu sein braucht, mitbegriffen nicht nur die zur Zeit der Verpfändung hängenden Früchte, sondern auch alle später erzeugten, wofern sie Eigenthum des Verpfänders geworden sind [4]).

Nun aber wollen wir uns zweitens denken, es hat Jemand ein Pfandrecht an einer **Universitas facti**: Das Pfandrecht an einer solchen **Universitas** bezieht sich jederzeit auf diejenigen Gegenstände und nur auf sie, welche zu der Zeit, da es geltend gemacht werden soll, in der **Universitas** enthalten sind. Wenn also Sachen, die zur Zeit der Entstehung des Pfandrechts, in der **Universitas** begriffen waren, veräußert werden, so hört das Pfandrecht an ihnen auf. Dagegen begreift es die später erst in die **Universitas** aufgenommenen Gegenstände mit in sich, vorausgesetzt, daß sie nicht etwa wieder davon getrennt sind. So z. B. wenn Jemand ein Pfandrecht hat an dem Waarenlager eines Kaufmannes [5]).

Es ist nun noch ein dritter Fall zu erwägen, nämlich der, da das Pfandrecht in einer generellen Hypothek besteht: Dasjenige, was zur Zeit der Entstehung der Hypothek in dem verpfändeten Vermögen sich überall nicht mehr befindet, kann darunter natürlich nicht begriffen sein [6]). Wohl aber bezieht eine solche generelle Hypothek sich auf das gesammte gegenwärtige und künftige Vermögen des Verpfänders. Nach früherem Rechte begriff allerdings eine durch Vertrag begründete generelle Hypo-

2) L. 21. D. d. P. A. XIII, 7. L. 29. §. 2. D. h. t.

3) cit. L. 18. §. 1. D. d. P. A. XIII, 7.

4) L. 1. §. 2. D. h. t. L. 3. C. in quib. causis pignus v. hypoth. tacite contr. VIII, 15. Conf. L. 29. §. 1. D. h. t. et L. 1. C. d. partu pignoris et omni causa. VIII, 25.

5) L. 34. pr. L. 13. pr. D. h. t.

6) L. 4. C. d. privilegio fisci. VII, 73.

thek das zukünftige Vermögen nur dann, wenn dies ausdrücklich ausgemacht war; aber nach Justinianischem Rechte umfaßt sie schon von selbst auch das künftige Vermögen; es muß eigens das Gegentheil verabredet sein, wenn es anders sein soll [7]). Wie umfassend nun aber auch an und für sich die generelle Hypothek ist, so betrachtet man dennoch bei willkürlicher Bestellung derselben solche Gegenstände als ausgeschlossen, von denen nicht wohl angenommen werden kann, daß Jemand sich entschließen sollte, sie zum Gegenstande eines speciellen Pfandrechts zu machen. Dahin gehören denn namentlich alle diejenigen Sachen, welche für den gewöhnlichen Lebensbedarf unentbehrlich sind: der nothwendigste Hausrath, die nothwendigsten Kleider ꝛc. [8]). — Wird von demjenigen, was den Gegenstand einer generellen Hypothek ausmacht, etwas veräußert, so hört damit das Pfandrecht des Gläubigers eben so wenig auf, als das Pfandrecht an einer einzelnen Sache durch Veräußerung des Gegenstandes erlischt.

II. Für welche Forderungen haftet das Pfand?

Das Pfand haftet

1. nicht nur für die Hauptforderung, für die es bestellt ist, sondern auch für die an diese sich anschließenden Nebenforderungen. Dahin gehört, daß das Pfand auch für die Zinsen haftet [9]). Dies beziehet man theils auf Verzugszinsen, theils auf Conventionalzinsen. Bei diesen letzteren kommt es indessen auf folgenden Unterschied an: War die **Obligatio usurarum** zur Zeit des entstandenen Pfandrechts bereits vorhanden, so haftet das Pfand auch für die Zinsen; ist aber jene **Obligatio** erst später entstanden, so kann das Pfandrecht auf diese späteren Zinsen nicht bezogen werden [10]). Nach der Analogie des von diesen Zinsen Geltenden ist auch die Frage zu beantworten, ob das Pfand für eine etwa bedungene Conventionalstrafe hafte. Ferner: hat der Pfandgläubiger auf das Pfand Kosten verwandt, deren Ersatz er zu fordern berechtigt ist, so kann er sich auch für

7) **L. ult. C. quae res pignori obl. etc. VIII, 17.**

8) **L. 6. L. 7. D. h. t. L. 1. C. quae res pignori obl. etc. VIII, 17.**

9) **L. 8. §. ult. D. d. P. A. XIII, 7.**

10) **L. 4. C. d. usuris. IV, 32.**

diese aus dem Pfande bezahlt machen. Dies gilt namentlich von dem Betrage der durch ihn entrichteten öffentlichen Abgaben [11]).

2. Für jeden Theil der Forderung haftet das ganze Pfand. Dies ist es, was man die Untheilbarkeit des Pfandrechts nennt. Angenommen daher, es ist die Hälfte der Schuld getilgt; so haftet nun für die andere Hälfte nicht etwa nur noch das halbe Pfand, sondern das Ganze. Kein Theil der verpfändeten Sache wird von dem **Nexus pignoris** befreit, ehe und bevor nicht der letzte Rückstand der Schuld abgetragen ist [12]). Deshalb wird auch von mehren Sachen, welche für dieselbe Schuld verpfändet sind, keine frei, bis die Schuld ganz bezahlt ist [13]). Ferner hängt hiermit auch dieses zusammen: Wenn der Schuldner stirbt, mit Hinterlassung mehrer Erben, so ist jeder einzelne von diesen dem Pfandgläubiger nur für eine seiner Erbportion entsprechende Rate verbunden; dennoch aber wird das Pfand nicht eher frei, als bis der Pfandgläubiger vollständig befriedigt ist. Oder: denken wir uns, der Pfandgläubiger hinterläßt mehre Erben. Jeder einzelne kann nur auf eine Rate der Forderung Anspruch machen; dennoch haftet Jedem das ganze Pfand; es wird kein Theil der verpfändeten Sache frei, bis alle Erben des Pfandgläubigers vollständig befriedigt sind [14]).

3. Obgleich das Pfandrecht an und für sich nur für diejenigen Forderungen Sicherheit gewähren soll, für welche es bestellt ist, für diese selbst und die dazu gehörigen Nebenforderungen; obgleich also der Pfandgläubiger nur dann die verpfändete Sache verkaufen kann, wenn er dieser Forderung wegen nicht befriedigt wird, so kann der Pfandgläubiger doch unter gewissen Voraussetzungen auch wegen anderer Forderungen an dem Pfande wenigstens ein Retentionsrecht ausüben. Das Nähere hierüber im §. 348.

11) cit. L. 8. §. ult. D. d. P. A. L. 6. C. h. t. (VIII, 14.)

12) L. 6. C. d. distract. pignor. VIII, 28. L. 2. C. debitorem venditionem pignoris impedire non posse. VIII, 29.

13) L. 19. D. h. t.

14) L. 16. C. d. distract. pignor. VIII, 28. L. 1. C. d. luitione pignoris. VIII, 31. »Qui pro parte heres exstitit, nisi totum debitum exsolvat, suam portionem ex pignoribus recipere non potest.« L. 1. L. 2. C. Si unus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit. VIII, 32.

III. Erwerb des Pfandrechtes. (§. §. 332—341.)

A. Ursprünglicher Erwerb.

§. 332.

a. Allgemeine Bedingungen der Möglichkeit eines Pfandrechtes.

Die Art und Weise, wie ein Pfandrecht entstehen soll, sei welche sie wolle; immer wird nothwendig zweierlei vorausgesetzt:

I. Eine Forderung, welche durch das Pfandrecht sicher gestellt werden soll.

Ohne Forderung kann kein Pfandrecht entstehen [1]). Es kommt nun aber noch auf gewisse nähere Bestimmungen an. Nämlich

1. die Forderung muß eine Forderung desjenigen sein, welcher Inhaber des Pfandrechts sein soll. Denn nur hinsichtlich einer eignen Forderung kann man ein Pfandrecht haben [2]).

2. Das ist nicht nöthig, daß die Forderung eine Forderung sei an den Verpfänder selbst: Es kann Einer seine Sachen sowohl für fremde, als für eigne Schulden verpfänden [3]).

3. Eben so wenig ist es nöthig, daß die Forderung eine solche sei, welcher schon im Augenblicke des errichteten Pfandrechts selbst genügt werden müßte. Im Gegentheil: der gewöhnliche Fall wird der sein, daß zwar schon jetzt ein obligatorisches Ver-

1) Vgl. L. 1. L. 2. C. Si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit. VIII, 33.

2) L. 33. D. h. t. (XX, 1.): »Is qui promisit tibi aut Titio, solutum quidem Titio repetere non potest, sed pignus ei datum et ante solutionem repetit.« Es wird hier vorausgesetzt, daß Jemand sich mittelst einer Stipulation dem Mävius z. B. verpflichtet hat, an ihn oder an Titius etwas zu leisten. Eine Forderung verschafft diese Stipulation nur dem Mävius, nicht dem Titius. Daß Titius bei Eingehung der Stipulation mit genannt ist, hat nur die Bedeutung: er soll als Stellvertreter des Mävius für diesen die Zahlung in Empfang nehmen können. S. §. 4. I. d. inutilib. stipulationib. III, 19. (20.) Wenn daher der Schuldner an Titius zahlt, so kann er das Gezahlte nicht zurück fordern; wenn er demselben aber eine Sache zu Pfand gibt, so kann er diese, auch ohne Zahlung geleistet zu haben, zurück verlangen, da er dem Titius nichts schuldig ist, und die Verpfändung eben deshalb keinen Zweck hat.

3) L. 5. §. 2. D. h. t.

hältniß wirklich vorhanden ist, daß aber Zahlung erst in irgend einem späteren Zeitpunkte verlangt werden kann. Die **Obligatio** wird also mehrentheils eine **In diem obligatio** sein. Indessen, wenn schon in einem solchen Falle die Verpflichtung zur Zahlung sich auf einen spätern Zeitpunkt bezieht, so ist das Pfandrecht doch schon jetzt vorhanden [4]).

Aber noch mehr: Man kann sogar ein Pfandrecht bestellen in Beziehung auf eine jetzt überall noch gar nicht vorhandene **Obligatio**; es versteht sich indessen, daß in einem solchen Falle das Pfandrecht nicht anders zur Wirklichkeit gelangt, als wenn die Obligation wirklich wird, worauf dieselbe sich beziehen soll. Hieher gehört der Fall einer **Obligatio sub conditione contracta.** Wird da das Pfandrecht **pendente conditione** bestellt, so ist vor der Hand das Pfandrecht ebensowohl **in suspenso**, wie die **Obligatio** selbst. Geht aber die Bedingung der **Obligatio** in Erfüllung, so ist damit nun auch das Pfandrecht begründet [5]).

4. Es ist nicht nöthig, daß die Forderung gerade Geld zum Gegenstande habe; das aber ist allerdings nothwendig, daß der Gegenstand wenigstens eine Schätzung in Gelde zulasse [6]).

5. Für eine **Obligatio**, welche nur eine **naturalis** ist, d. h. für eine solche, welche zwar rechtliche Wirkungen hat, aber doch keine Klage hervorbringt, kann ein Pfandrecht ganz eben so gültig constituirt werden, wie für eine **civilis obligatio**, also eben so gültig, wie für eine klagbare Forderung [7]). Das Pfandrecht bringt in dem einen, wie in dem andern Falle eine Klage hervor. Denken wir uns daher: Es ist für eine klagbare **Obligatio** ein Pfandrecht bestellt; in der Folge geht die Klage aus der **Obligatio** verloren, die **Obligatio** selbst aber dauert, ihrem natürlichen Bestandtheile nach, fort; hier wird auch das Pfandrecht fortbestehen [8]). — Neuerdings haben Einige es in Abrede stellen

4) **L. 5. pr. D. h. t. L. 9. pr. D. qui potiores in pignore. XX, 4.**

5) **cit. L. 5. pr. D. h. t.**

6) **L. 9. §. 1. D. d. P. A. XIII, 7.** Vgl. **cit. L. 5. pr. D. h. t.**

7) **cit. L. 5. pr. D. h. t.**

8) **L. 14. §. 1. D. h. t.** »Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat.« **L. 2. C. de luitione pignoris. VIII, 31.**

wollen, daß das Pfandrecht auch bei einer bloß natürlichen Obligatio eine Klage begründe; aber diese Ansicht ist von Francke gründlich widerlegt worden [9]).

6. Ein Pfandrecht kann bestellt werden, auch für einen willkürlich angenommenen Theil einer Obligatio [10]).

II. Eine Sache, welche diese Sicherheit zu gewähren im Stande ist [11]).

Nicht geeignet zur Sicherstellung des Pfandgläubigers sind dessen eigene Sachen, und so können sie ihm denn auch nicht verpfändet werden [12]). Im Uebrigen ist der allgemeine Grundsatz der: Was verkauft werden kann, kann auch verpfändet werden [13]). Hieraus ergibt sich:

1. Wie man nicht bloß solche Sachen verkaufen kann, die schon vorhanden sind, sondern auch künftige, deren Existenz nur erst erwartet wird; so kann man auch Res futuras verpfänden [14]). Allerdings aber müssen wir dabei unterscheiden zwischen dem Akt der Verpfändung und der Entstehung des Pfandrechts selbst: Die Verpfändung kann vorgenommen werden, noch ehe das Pfand existirt, das Pfandrecht aber kann erst entstehen, wenn der Gegenstand zur Existenz gelangt ist.

2. Sachen, die dem Verkehr ganz und gar entzogen sind, eignen sich nicht zum Gegenstande eines Pfandrechtes [15]).

9) Francke, Civilistische Abhandlungen, S. 65. folg. (S. 86. folg. wird erklärt L. 59. pr. D. ad SCtum Trebell. XXXVI, 1.)

10) cit. L. 5. pr. D. h. t.

11) Ihrer Ueberschrift nach beziehen sich auf dieses Erforderniß: Tit. Dig. XX, 3. Quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt. Tit. Cod. VIII, 17. Quae res pignori obligari possunt vel non, et qualiter pignus contrahatur. In der That aber enthalten sie wenig hieher Gehöriges.

12) L. 45. pr. D. d. R. J.

13) L. 9. §. 1. D. h. t.

14) L. 15. pr. D. eod.

15) L. 1. §. 2. init. D. quae res pignori etc. XX, 3. L. 21. C. d. sacros. eccles. I, 2. L. 3. C. quae res pignori etc. VIII, 17.

b. Art und Weise der wirklichen Begründung. (§. §. 333—340.)

α. Begründung durch Privatwillkür.

α. Erfordernisse.

§. 333.

1. In Bezug auf das Verhältniß des Verpfänders zu dem Gegenstande der Verpfändung.

Bei diesen Verhältnissen kommt es auf zwei Voraussetzungen an:

Erstens: Die Sache muß dem Verpfänder gehören [1]). — Gehört die zu verpfändende Sache Mehren gemeinschaftlich an, so kann jeder Einzelne, für sich allein, seinen Antheil verpfänden; die Verpfändung des Ganzen aber erfordert die Concurrenz sämmtlicher Miteigenthümer [2]).

Soll das Pfandrecht ein vollgültiges sein, so muß der Verpfänder wahrer, wirklicher Eigenthümer sein. Indessen, ohne alle Wirkung ist das Pfandrecht auch dann nicht, wenn das Eigenthum des Verpfänders ein bloß prätorisches ist: der Pfandgläubiger wird es wenigstens geltend machen können theils gegen den Verpfänder selbst, theils aber auch gegen solche dritte Personen, wider welche der Verpfänder mit Erfolg die **Publiciana actio** anstellen könnte [3]).

Also: der Verpfänder muß Eigenthümer sein. Freilich, als Repräsentant des Eigenthümers kann man auch fremde Sachen verpfänden [4]). Nur muß die Repräsentation gehörig begründet, und namentlich in Hinsicht der Verpfändung gerade begründet sein. Das ist sie nicht in folgendem Fall: Ich habe Jemanden zu meinem Procurator bestellt, jedoch ohne ihn zu einer Verpfändung zu ermächtigen; er aber hat dennoch, indem er Geld für mich aufgenommen, dafür eine mir gehörige Sache zu Pfand gegeben. Hier wird der Gläubiger kein Pfandrecht erwerben. Indessen ist das von meinem Procurator aufgenommene Geld in der

1) L. 6. C. si aliena res pignori data sit. VIII, 16.

2) L. un. C. si communis res pignori data sit. VIII, 21. L. 6. §. 8. D. communi divid. X, 3. L. 7. §. ult. D. quib. mod. pignus v. hypoth. solvitur. XX, 6.

3) L. 18. L. 21. §. 1. D. h. t. (XX, 1.)

4) L. 11. §. ult. L. 12. L. 18. §. ult. L. 19. D. d. P. A. XIII, 7.

That in meinen Nutzen verwandt worden, so wird der Gläubiger wenigstens die Auslieferung des Pfandes solange verweigern dürfen, bis er Bezahlung erhalten [5]).

Abstrahiren wir nun aber von dem Fall der Repräsentation, so ist nach Maaßgabe des bisher Vorgetragenen die Regel diese: Niemand kann an einer fremden Sache ein Pfandrecht bestellen.

Es fragt sich indessen, ob es nicht Ausnahmen gibt? Gewöhnlich nimmt man folgende an:

1. Die Verpfändung einer fremden Sache ist gültig, wenn der Eigenthümer in die Verpfändung einwilligt. Dabei wirkt nachfolgende Ratihabition der von Anfange ertheilten Zustimmung gleich [6]); und ferner ist stillschweigende Zustimmung so gut, wie die ausdrücklich erklärte [7]). Diese Ausnahme ist nun aber in der That eine bloß scheinbare; denn unter der angegebenen Voraussetzung ist der Eigenthümer selbst als Verpfänder zu betrachten.

2. Wenn Jemand eine fremde Sache unter der Bedingung verpfändet, daß sie dereinst die seinige werden sollte; so gilt eine solche Verpfändung ebenfalls [8]). Aber auch dies ist keine eigentliche Ausnahme; denn in einem solchen Falle entsteht das Pfandrecht nicht eher, als bis die Bedingung erfüllt, die Sache also in das Eigenthum des Verpfänders übergegangen ist. Hierher gehört jede Verpfändung eines ganzen Vermögens, inwieweit sie sich zugleich auf den künftigen Erwerb bezieht [9]). Desgleichen der Fall, da ich eine einzelne bestimmte Sache, die gegenwärtig noch einem Dritten gehört, die dieser Dritte aber in mein Eigenthum zu übertragen verpflichtet ist, schon jetzt verpfände; die Bedingung, Falls die Sache die meinige wird, braucht hier nicht ausdrücklich hinzugefügt zu werden; sie ist zu betrachten, als stillschweigend hinzugefügt [10]).

3. Denken wir uns: Jemand hat eine fremde Sache verpfändet ohne des Eigenthümers Zustimmung, und ohne die Be-

5) L. 1. C. si aliena res pignori data sit. VIII, 16.

6) L. 20. pr. D. d. P. A. XIII, 7. L. 16. §. 1. D. h. t.

7) L. 26. §. 1. D. eod. L. 5. §. 2. D. in quib. caus. pignus vel hyp. tacite contrahitur. XX, 2. L. 2. C. si aliena res pignori etc. VIII, 16.

8) L. 16. §. 7. D. h. t.

9) L. 1. pr. D. h. t. in den Worten »Conventio generalis . . . . . recepta est.«

10) cit. L. 1. pr. D. eod. in den Worten »in speciem autem« u. s. w.

dingung, daß die Sache die seinige werde; hinterdrein aber wird er Eigenthümer. Hier soll das anfänglich ungültige Pfandrecht ex post convalesciren; der Gläubiger soll wenigstens eine **Utilis hypothecaria actio** haben [11]). Es läßt sich jedoch in diesem Falle nicht behaupten, daß der Gläubiger das ihm bestellte Pfandrecht gegen einen Jeden, oder daß er es auch nur schlechthin und unter allen Umständen gegen den Verpfänder selbst geltend machen könne. Freilich, ist der Gläubiger im Besitze, so wird er sich in diesem gegen den Verpfänder mittelst einer **Doli exceptio** jederzeit schützen können. Ist er aber nicht im Besitze, und sieht er sich dadurch veranlaßt, gegen den besitzenden Verpfänder zu klagen, so wird er mit dieser Klage nur dann etwas ausrichten, wenn er zur Zeit der Verpfändung es nicht gewußt hat, daß die Sache einem Dritten gehöre [12]).

Wir haben hier den Fall gesetzt, daß der Verpfänder hinterdrein Eigenthümer wird. Es läßt sich nun aber auch der umgekehrte Fall denken, daß hinterdrein der Eigenthümer in des Verpfänders Stelle eintritt, indem er diesen beerbt. Und da entsteht denn die Frage, wird jetzt der Gläubiger gegen diesen Erben des Verpfänders eine **Utilis hypothecaria actio** haben? — Die auf diesen Fall sich beziehenden beiden Stellen [13]) widerstreiten einander. Paulus verneint, Modestinus bejaht unsere Frage.

Die Versuche, welche man gemacht hat, beide Stellen in Uebereinstimmung zu bringen, sind insgesammt entweder nicht statthaft, oder wenigstens nicht befriedigend. Man muß sich daher entweder für die eine oder für die andere Stelle entscheiden. Und da stimme ich denn denjenigen bei, welche der Stelle des Modestinus den Vorzug geben. Denn des Modestinus Meinung ist offenbar die der Billigkeit angemessenere, und das Justinianische Recht hat entschieden die Tendenz, in zweifelhaf-

11) S. d. Stelle in Note 10. und vergl. L. 41. D. d. P. A. XIII, 7. in den Worten »Rem alienam . . . . . creditori.« L 5. C. si aliena res pignori etc. VIII, 16.

12) cit. L. 1. pr. D. h. t. in den Worten »difficilius creditori« u. s. w.

13) (Paulus) cit. L. 41. D. d. P. A. XIII, 7. in den Worten »Non est idem« u. s. w. (Modestinus) L. 22. D. h. t.

ten Fällen die Billigkeit mehr gelten zu lassen, als das strenge Recht.

Zum Beschluß muß ich nun noch besonders angeben, in welcher Art die Regel, die zu verpfändende Sache muß dem Verpfänder gehören, auf die Verpfändung künftiger Erzeugnisse einer Sache angewandt wird. Eine solche Verpfändung ist der Regel gemäß, wenn der Verpfänder schon zur Zeit der Verpfändung in einem solchen Verhältnisse zu der Hauptsache steht, daß er ein Recht hat auf die künftigen Früchte. So also, wenn er Eigenthümer der Hauptsache ist — so aber auch dann, wenn er nur den Nießbrauch davon hat [14]).

Die zweite Voraussetzung, worauf es bei dem hier zu erörternden Verhältnisse des Verpfänders zu dem Gegenstande der Verpfändung ankommt, ist die: Der Verpfänder muß über die zu verpfändende Sache frei verfügen können. — Immerhin mag der Verpfänder Eigenthümer sein, fehlt es ihm an der persönlichen Fähigkeit über sein Eigenthum zu disponiren, so ist die Verpfändung ungültig; wie wenn ein Unmündiger für sich allein seine Sachen verpfändet. Es ist indessen möglich, daß Jemand da ist, dem nach gesetzlichen Bestimmungen, das Recht der Verwaltung statt des unfähigen Eigenthümers zusteht, und dann wird dieser gültiger Weise verpfänden können. Wer aber auch immer der Verpfänder sei, nie wird die Verpfändung zu Recht bestehen, wenn sie durch das Gesetz eigens und besonders untersagt ist. Dahin gehört, daß **Praedia dotalia**, desgleichen Sachen, die zu dem **Peculium adventitium** eines Kindes gehören, ferner Sachen eines Bevormundeten, endlich Grundstücke eines Minderjährigen, der nicht unter Vormundschaft steht, entweder gar nicht, oder nur unter gewissen Voraussetzungen verpfändet werden dürfen. Das Nähere hierüber wird im Familienrechte vorkommen [15]).

14) L. 15. pr. D. h. t. L. 11. §. 3. D. qui potiores in pignore. XX, 4.

15) Vorläufig verweise ich auf L. un. §. 15. C. d. rei uxoriae act. V, 13. — L. 8. §. 5. C. d. bonis, quae liber. VI, 61. — L. 1. §. 2. D. d. reb. eor., qui sub tutela. XXVII, 9. L. 22. C. d. administrat. tutor. etc. V, 37. — L. 3. C. d. his, qui veniam aetat. etc. II, 45.

Wir haben so eben den Fall gesetzt, daß die Verpfändung eigens und besonders untersagt ist. Aber wir müssen noch weiter gehen: Schon ein ganz allgemein gefaßtes gesetzliches Veräußerungsverbot hindert die Zulässigkeit der Verpfändung: denn die Verpfändung ist auch eine Veräußerung. Ich erinnere hier an den §. 229. Hierauf beruht es, daß auch **Res litigiosae** gültiger Weise nicht verpfändet werden können [16]).

§. 334.

2. In Bezug auf die Verpfändung selbst.

Die Verpfändung kann bewerkstelliget werden zunächst durch Vertrag. Wenn die Absicht dahin geht, dem Gläubiger bloß eine Hypothek im engern Sinne des Wortes zu geben, so bedarf es zu diesem Zwecke weiter nichts als einer, an gar keine Form gebundenen, Uebereinkunft mit dem Gläubiger. Die Hypothek ist vorhanden, sobald man mit dem Gläubiger darüber einverstanden ist, daß er sie haben soll. Also das Pfandrecht wird hier **nuda conventione**, durch ein bloßes **Pactum** begründet [1]). Die Neueren nennen ein solches **Pactum: Pactum hypothecae.**

Geht nun aber die Absicht dahin, dem Gläubiger ein **Pignus** im engern Sinne zu gewähren, dann muß die Uebereinkunft verbunden sein mit der Uebergabe der Sache. Erst durch diese wird der Vertrag zu einem **Contractus pignoris**, und erst durch sie erhält der Gläubiger ein Pfandrecht, welches den Charakter eines **Pignus** im engern Sinne an sich trägt [2]).

Uebrigens kann die Absicht, ein Pfandrecht zu constituiren, eben sowohl stillschweigend, als ausdrücklich zu erkennen gegeben werden. Es ist gar nicht nöthig, daß die Ausdrücke „Pfand“ oder „Hypothek“ gebraucht sind, auch ohne das kann es klar genug sein, daß die Errichtung eines Pfandrechts bezweckt wird: So wenn der Schuldner dem Gläubiger, im Fall der nicht erfolgten Zahlung, die Befugniß zugesteht, eine gewisse Sache zu verkaufen;

16) **L. 1. §. 2. D. quae res pignori. XX, 3.** in den Worten »Quid ergo« u. s. w. S. §. 165. Note 19.

1) **L. 4. D. h. t. (XX, 1.) L. 1. pr. D. d. P. A. XIII, 7. §. 7. in f. I. d. actionib. IV, 6.**

2) **cit. L. 1. pr. D. d. P. A. cit. §. 7. I. d. actionib.**

oder sich aus der Sache seine Befriedigung zu verschaffen u. s. w. [3]). Damit ist schon genüg gesagt. Wenn Jemand die über ein Grundstück lautenden Kaufbriefe verpfändet, so ist anzunehmen, er sei gemeint gewesen, das Grundstück zu verpfänden [4]). Und eben so liegt in der Verpfändung einer an mich ausgestellten Schuldverschreibung die Verpfändung der Schuldforderung selbst [5]).

Außer dieser vertragsmäßigen Begründung des Pfandrechtes kann aber Jemand an seiner Sache einem Andern auch mittelst eines Vermächtnisses ein Pfandrecht einräumen [6]).

§. 335.

b. Zeitpunkt des Anfanges.

Bei einem willkürlichen Pfandrechte wird der Zeitpunkt des Anfangs zunächst durch folgende Momente bestimmt:

1. Durch das Vorhandensein der sicherzustellenden Obligatio;
2. durch die Existenz der verpfändeten Sache;
3. durch das dem Verpfänder daran zustehende Eigenthumsrecht.

Nie kann das Pfandrecht anfangen, ehe und bevor diese drei Momente zusammentreffen. Wohl aber kann die Zeit oder die Beschaffenhet der Verpfändung selbst die Folge haben, daß der Anfang der Verpfändung in einen späteren Augenblick gesetzt werden muß. Es ist daher außer den angeführten drei Momenten

4. auch noch auf den Akt der Verpfändung Rücksicht zu nehmen.

Diese vier Punkte will ich nunmehr der Reihe nach durchgehen:

Erstens: In Bezug auf das Vorhandensein der Obligation verdient vornämlich der Umstand Berücksichtigung,

3) L. ult. C. quae res pignori. VIII, 17.

4) L. 2. C. eod. (In dieser Stelle ist »emtiones« so viel, als: instrumenta emtionum.)

5) L. 20. D. h. t.

6) L. 26. pr. D. d. P. A. XIII, 7. L. 1. C. communia de legatis etc. VI, 43. in den Worten »Cum enim jam . . . . . dare.«

daß die Obligationen, welche auf Verträgen, oder letztwilligen Erklärungen beruhen, ihrer Entstehung nach an Zeitbestimmungen oder Bedingungen geknüpft sein können.

Zeitbestimmungen nun haben auf die Existenz der Obligation gar keinen Einfluß: eine **in diem** contrahirte Obligation ist, gleich einer **pura**, schon von dem Augenblicke an vorhanden, in welchem sie contrahirt wird. Denken wir uns daher: Ich gebe Jemanden ein Darlehn, welches er nach zwei Jahren zurückzahlen soll, und zugleich mache ich mir aus, daß er mir mit dem Ablaufe jedes halben Jahres ein Gewisses an Zinsen zahlen soll. Hier ist die Capitalforderung eine **In diem obligatio**; — dasselbe gilt aber auch von den auf die einzelnen Zinsposten gerichteten Forderungen; sie sind ebenfalls **In diem obligationes**. Aber nichts desto weniger sind alle diese Obligationen schon jetzt vorhanden. Wenn ich mir daher gleich bei Eingehung des Vertrages ein Pfandrecht habe constituiren lassen, so wird dieses in Hinsicht aller jener Obligationen sofort seinen Anfang nehmen [1]).

Von bedingt contrahirten Obligationen läßt sich allerdings **pendente conditione** nicht sagen, daß sie bereits vorhanden wären; aber sind es vertragsmäßige Obligationen, so kommt in Betracht, daß hier die erfüllte Bedingung, der Regel nach, eine rückwirkende Kraft hat. Angenommen daher, ich verpflichte mich gegen den **A.** durch Vertrag unter einer Bedingung zu einer gewissen Leistung, und räume ihm, gleich bei Eingehung des Vertrages, zu seiner Sicherstellung ein Pfandrecht ein. Späterhin, zu einer Zeit, wo die Bedingung noch schwebt, contrahire ich **pure** eine Schuld gegen den **B.**, dem ich dieselbe Sache ebenfalls verpfände. Jetzt geht die Bedingung meiner Verbindlichkeit gegen den **A.** in Erfüllung. Welches Pfandrecht wird hier das ältere sein? Das dem **A.** constituirte; denn nunmehr ist es, wegen der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung so gut, wie wenn ich schon zur Zeit des eigegangenen Vertrages des **A.** Schuldner gewesen wäre. — Unsere Regel leidet jedoch dann eine Ausnahme, wenn die Bedingung eine

1) Hieher gehört **L. 18. D. qui potiores in pignore. XX, 4.**

solche ist, welche wider des Schuldners Willen nicht erfüllt werden kann; hier hat die erfüllte Bedingung keine rückwirkende Kraft; die Obligation datirt erst von dem Momente an der Erfüllung, und sonach kann früher auch das Pfandrecht nicht beginnen [2]).

Wir haben uns so eben den Fall gedacht einer zwar nur bedingter Weise, aber doch wirklich bereits contrahirten **Obligatio**. Nun aber kann auch das vorkommen, daß die Verpfändung sich auf eine **Obligatio** bezieht, die überall noch gar nicht, auch nicht einmal bedingter Weise, contrahirt ist, sondern als eine erst künftig zu contrahirende gedacht wird, mithin als eine **Futura obligatio** im strengsten Sinne des Wortes. Eine Verpfändung dieser Art wird indessen ganz nach der Analogie der Verpfändung für eine bedingte **Obligatio** behandelt. Steht es daher in der Gewalt desjenigen, welcher als künftiger Schuldner gedacht wird, die Eingehung der **Obligatio** zu hindern, so beginnt das Pfandrecht nicht früher, als bis die vorausgesetzte **Obligatio** in der That contrahirt ist.

Die zweite Voraussetzung, auf welche es ankommt, ist die Existenz der verpfändeten Sache. Ohne diese hat das Pfandrecht kein Object. Daher kann das Pfandrecht an einer **Res futura** nicht eher seinen Anfang nehmen, als bis die Sache zur Existenz gekommen ist. Eine Folge davon ist dieses: Denken wir uns, Jemand verpfändet eine **Res futura** jetzt mir — und nach einiger Zeit, jedoch in einem Augenblicke, wo die Sache eben auch noch nicht vorhanden ist, verpfändet er dieselbe einem Andern. Hier wird mein Pfandrecht nicht älter sein, als das Pfandrecht des Andern, keines wird früher anheben können, als bis die Sache vorhanden ist.

Die dritte Voraussetzung ist Eigenthumsrecht auf Seiten des Verpfänders. Ehe dieses vorhanden ist, kann das Pfandrecht um deswillen nicht anfangen, weil davon die Berechtigung zur Bestellung desselben abhängt.

2) Auf das hier Gesagte beziehen sich: **L. 9. §. 1. L. 11. pr. et §. 1. D. eod. L. 4. D. quae res pignori. XX, 3.** Uebrigens erinnere ich, sowohl was die Zeitbestimmungen, als was die Bedingungen betrifft, an die §. §. 99. 104. 332.

Viertens ist Rücksicht zu nehmen auf den Akt der Verpfändung. Denken wir uns zunächst eine vertragsmäßige Verpfändung. Einer besondern Erörterung bedarf nur der Fall, da der Verpfändungsvertrag **ex die** oder **sub conditione** eingegangen ist. Hier steht dem Pfandgläubiger Falls er noch ehe der Tag gekommen, oder die Bedingung erfüllt ist, sein Pfandrecht ausüben will, eine **Exceptio** entgegen [3]). Aber inwieweit es bloß die Bestimmung des Alters gilt, insoweit kommen Zeitbestimmungen gar nicht in Betracht [4]); sondern nur Bedingungen. Bei diesen ist aber auch hier wieder die rückwirkende Kraft der Erfüllung zu beachten. Nur darf nicht übersehen werden, daß eine solche Kraft bloß den eigentlichen Bedingungen beigelegt wird. Wenn ich daher eine fremde Sache unter der Bedingung, Falls sie die meinige werden sollte, verpfände; so fängt das Pfandrecht erst an mit dem Augenblicke der Erfüllung der Bedingung. Denn die Bedingung ist keine eigentliche, es ist eine, die sich von selbst versteht [5]).

Dieser Satz ist nun besonders wichtig für die generelle Hypothek, inwieweit diese sich auch auf den künftigen Erwerb bezieht, diesen bedingungsweise unter sich begreift. Der Anfangspunkt ist hier nicht für alle Sachen derselbe. An dem gegenwärtigen Vermögen fängt das Pfandrecht an schon jetzt, im Augenblicke der Bestellung — an jeder einzeln vom Verpfänder erst in der Folge erworbenen Sache aber fängt es an erst im Augenblick des Erwerbes; so wird also hier das Pfandrecht für jede einzelne später erworbene Sache seinen besondern Anfangspunkt haben [6]). Viele zwar unter unseren Neuern leugnen dies und meinen, bei einer generellen Hypothek sei der Anfangspunkt in Hinsicht der später erworbenen Sache derselbe wie in Beziehung auf das gegenwärtige Vermögen, es gebe also hier nur Einen Anfangspunkt; allein diese Ansicht ist der Theorie nach durchaus falsch, ungeachtet sie sich durch größere Leichtigkeit in

3) L. 13. §. 5. D. h. t. (XX, 1.)
4) L. 12. §. 2. D. qui potiores in pignore. XX, 4.
5) L. 7. §. 1. D. eod.
6) Siehe Glück, XVIII. S. 216. folg. XIX. S. 232. folg.

der Anwendung nicht wenig empfiehlt, und eben deshalb auch in der Praxis hin und wieder angenommen ist.

Außerdem muß ich aber auch hier in Erinnerung bringen, daß selbst eigentliche Bedingungen keine rückwirkende Kraft haben, sobald sie wider des Schuldners Willen nicht erfüllt werden können. Angenommen daher: der Pächter eines Grundstücks hat mit dem Verpächter ausgemacht, **ut inducta in fundum pignori essent.** Hier ist die Verpfändung abhängig von einer Bedingung, die wider des Pächters Willen nicht erfüllt werden kann; denn es hängt ja von seiner Willkür ab, ob und was er inferiren will. Und deshalb nimmt denn auch hier das Pfandrecht an den **illatis** erst mit dem Augenblicke der Illation seinen Anfang. Und daher wird derjenige dem Verpächter vorgehen, als Inhaber eines älteren Pfandrechts, dem die **illata** in der Zwischenzeit zwischen dem mit dem Verpächter geschlossenen Pfandvertrage und der wirklich erfolgten Illation verpfändet worden sind [7]).

In Bezug auf die Verpfändung durch Vermächtniß ist Folgendes zu bemerken: Wenn Jemanden durch ein Vermächtniß ein dingliches Recht verliehen ist, so ist die Regel diese: Er erwirbt das Recht in eben dem Augenblicke, in welchem der Erbe die Erbschaft erwirbt. Ist jedoch die Verleihung des Rechts an eine Zeitbestimmung oder Bedingung geknüpft, und ist zu der Zeit, wo der Erbe die Erbschaft erwirbt, der Tag noch nicht gekommen, und die Bedingung noch nicht erfüllt, so erwirbt der Legatar das ihm zugedachte Recht erst später, **existente die, impleta conditione.** Diese allgemeinen Grundsätze kommen nun auch da zur Anwendung, wo ein Pfandrecht gerade den Gegenstand des Vermächtnisses ausmacht.

§. 336.

β. Begründung durch obrigkeitliche Verfügung.

COD. VIII, 22. De praetorio pignore etc. VIII, 23. Si in causa judicati pignus captum sit.

Was erstens das **Praetorium pignus** der Römer betrifft,

7) **L. 11. §. 2. D. eod.**

oder, nach dem Sprachgebrauche der Neueren, das **Pignus praetorium** im engeren Sinne, so setzt dieses jederzeit eine **In possessionem missio** voraus, also eine von der Obrigkeit ertheilte Erlaubniß zur Innehabung fremder Sachen, es sei nun von einzelnen Sachen die Rede oder von einer ganzen Vermögensmasse [1]). Die bloße Ertheilung dieser Erlaubniß ist jedoch noch nicht hinreichend; vielmehr beginnt das Pfandrecht erst mit der in Gemäßheit der ertheilten Erlaubniß erfolgten Apprehension [2]). Es ist also jederzeit gleich von Anfang an mit der Detention des Pfandes verbunden; ich sage mit der Detention, da in der Regel die **In possessionem missio** nur eben die Detention gestattet [3]). Hieraus ergibt sich, daß das **Praetorium pignus** keine bloße Hypothek ist, sondern ein **Pignus** im engern Sinne des Wortes.

Anlangend zweitens das von den Neuern so genannte **Pignus judiciale**, also den Fall, da der Richter einem Verurtheilten Sachen wegnehmen läßt, um den Sieger im Proceß, seiner Befriedigung halber, sicher zu stellen, so hebt auch hier das Pfandrecht erst mit der Apprehension, also mit der wirklichen Wegnahme der Sache an [4]); es ist ebenfalls gleich von Anfang mit der Detention des Pfandes verbunden [5]), und sonach keine bloße Hypothek, sondern ein **Pignus** im engeren Sinne. Es kann der Richter sein, welcher die abgepfändete Sache zum Besten des Gläubigers detinirt, aber die Detention kann auch bei dem Gläubiger selbst sein [6]).

Uebrigens können nicht nur bewegliche Sachen, sondern auch Grundstücke abgepfändet werden. Dies geschieht jedoch nur im Nothfall — zuerst hält man sich an das bewegliche Vermögen des Schuldners [7]). In Beziehung auf bewegliche Sachen ist fol-

1) **L. 26. pr. D. d. P. A. XIII, 7. L. 3. §. 1. D. d. reb. eor., qui sub tutela etc. XXVII, 9. L. 3. L. 5. C. ut in possessionem legator. v. fideicommissor. servandorum causa mittatur etc. VI, 54.** Vergl. §. 195. Note 3.

2) **L. 26. §. 1. D. d. P. A. XIII, 7.**

3) S. §. 195. Note 2.

4) **L. 10. D. qui potiores in pignore. XX, 4. L. 58. D. d. re jud. XLII, 1. L. 1. C. si in causa judicati pignus captum sit. VIII, 23.**

5) v. Savigny, Das Recht des Besitzes. §. 24. (6te Aufl. S. 337.)

6) **L. 2. C. qui potiores in pignore. VIII, 18.**

7) **L. 15. §. 2. D. d. re judicata. XLII, 1.**

gende Vorschrift zu merken: Landleuten dürfen Geräthe und Thiere, welche zur Ackerbearbeitung nöthig sind, nicht abgepfändet werden [8]).

Drittens entsteht die Frage, ob nicht auch durch Adjudicatio ein Pfandrecht begründet werden kann. Diese Frage wird nach der Analogie dessen zu beantworten sein, was in dieser Beziehung bei den Servituten Rechtens ist. S. §. 308.

γ. Begründung durch gesetzliche Vorschrift.

(§. §. 337— 340.)

DIG. XX, 2. COD. VIII, 15. In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

§. 337.

a. Einleitung.

Im §. 334. war die Rede von einem **Pignus conventionale tacitum**; hier soll gehandelt werden von dem **Pignus tacitum** in dem Sinne, da man darunter ein gesetzliches Pfandrecht versteht. Der Unterschied beider Arten von Pfandrechten liegt darin:

Das **Pignus conventionale tacitum** setzt bei demjenigen, an dessen Sachen es haften soll, immer eine auf Begründung des Pfandrechts gerichtete Absicht voraus; es erfordert immer eine diese Absicht kund gebende Erklärung; nur daß die Erklärung keine ausdrückliche ist. Anders bei dem gesetzlichen Pfandrechte: Dies entsteht unabhängig von der Absicht desjenigen, dessen Sachen Gegenstand des Pfandrechts sein sollen — es erfordert weder eine ausdrückliche, noch auch nur eine stillschweigende Erklärung desselben, daß ein Pfandrecht entstehen solle. Sondern die Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts macht sich insofern ganz von selbst, als das Gesetz ein für allemal verordnet: Wenn **A.** gegen **B.** eine Forderung der und der Art hat, so soll er wegen dieser Forderung an den und den Sachen ein Pfandrecht haben. Ich sage — ein Pfandrecht. Darunter ist nun aber hier nie an ein **Pignus** im engeren Sinne zu denken.

8) **L. 7. L. 8. C. quae res pignori obl. etc. VIII, 17.**

Die gesetzlichen Pfandrechte sind insgesammt Hypotheken im engeren Sinne des Worts. Die einen sind General- die andern Special-Hypotheken. Ueber jene sowohl wie über diese soll in den folgenden Paragraphen ausführlichere Auskunft gegeben werden. Auf die allgemeinen Pfandrechte bezieht sich der §. 338. auf die besondern der §. 339. Im §. 340. sind diejenigen Pfandrechte bezeichnet, welche für gesetzliche Pfandrechte ausgegeben werden, während sie in den Gesetzen nicht begründet sind.

Bei jedem einzelnen gesetzlichen Pfandrechte ist auch der Anfangspunkt bestimmt. In dieser Beziehung muß ich nun aber, so viel die General-Hypothek betrifft, auf folgenden Umstand aufmerksam machen: Wenn man von einem solchen Pfandrechte im Allgemeinen sagt, der Anfangspunkt fällt in den und den Moment; so ist damit nur der Moment der ersten Entstehung gemeint. Was in diesem Augenblicke in der Vermögensmasse, auf die es gerade ankommt, enthalten ist, an dem allein fängt das Pfandrecht sofort an. Diejenigen Gegenstände aber, die später erst Bestandtheile jener Vermögensmasse werden, diese sind auch erst von da an unter dem Pfandrechte begriffen; in Hinsicht ihrer kann also das Pfandrecht erst in diesem spätern Momente seinen Anfang nehmen. Es ist in dieser Beziehung mit einer gesetzlichen General-Hypothek, wie mit einer auf willkürlicher Bestellung beruhenden. Vergl. §. 335.

Uebrigens sind viele gesetzliche Pfandrechte zugleich privilegirte. Von diesen privilegirten wird jedoch ex post erst im dritten Abschnitte dieses Kapitels gehandelt werden. Hier kann nur einmal beiläufig die Rede darauf kommen.

§. 338.

b. Allgemeine gesetzliche Pfandrechte.

Dergleichen Pfandrechte haben: I. Der Fiscus; II. die Ehefrau; III. der Ehemann; IV. die Kinder; V. bevormundete Personen. Auch kommt ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht vor VI. bei kirchlichen Emphyteusen; deßgleichen VII. in Bezug auf letztwillige Anordnungen, welche durch Viduität bedingt sind.

I. Pfandrechte des Fiscus.

1. Der Fiscus hat ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen derjenigen, welche ihm Abgaben schuldig sind [1]). Dieses Pfandrecht beginnt in dem Augenblicke, da die Abgabe fällig wird, nicht, wie Mehre [2]). annehmen, schon im Augenblick der erfolgten Auflage.

2. Der Fiscus hat ein gesetzliches Pfandrecht an dem gesammten Vermögen derjenigen, welche aus einem Vertrage seine Schuldner sind [3]). Ein gleiches Pfandrecht steht dem Regenten und dessen Gemahlin zu [4]).

Streitig ist, ob der Fiscus ein gesetzliches Pfandrecht habe auch an dem Vermögen seiner Verwalter, nämlich in Bezug auf dasjenige, was diese ihm aus ihrer Verwaltung schuldig sind. Einige [5]) sprechen dem Fiscus ein solches Pfandrecht ab; die Meisten jedoch legen es ihm bei, und diese Ansicht ist in die Praxis übergegangen [6]). Sie scheint auch der Theorie nach die richtige zu sein. Denn wenn schon die Verwalter des Fiscus auf der einen Seite öffentliche Beamte sind, so stehen sie doch auf der andern gegen den Fiscus zugleich in einem privatrechtlichen und zwar vertragsmäßigen Verhältnisse, sie gehören daher in die Reihe aller übrigen dem Fiscus aus Verträgen Verpflichteten. Außerdem sprechen dafür noch insbesondere **L. 4. C. in quib. caus. pignus vel hypoth. tacite contr. VII, 15.** und **L. 3. C. d. primipilo. XII, 63.**, die, was freilich Viele nicht zugeben wollen, auf ein gesetzliches Pfandrecht des Fiscus an dem Vermögen der Primipilaren hinweisen: Die **Primipilares** aber waren nichts Anderes, als eine eigne Art von Verwaltern des Fiscus; sie waren Beamte, welche die Naturallieferungen für das Heer beizutreiben, zu verwenden und zu verrechnen hatten. Uebrigens ist als Anfangspunkt des hier in Rede

1) **L. 5. §. 2 D. d. censibus. L, 15. L 1. C. si propter public. pensitationes etc. IV, 46. L. 1. C. in quib caus. pignus vel hypoth. tacite contr. VIII, 15.**

2) z. B. Glück, XIX. S. 63.

3) **L. 47. pr. D. d. jure fisci. XLIX, 14. L. 2. L. 3. C. d. privil. fisci. VII, 73. L. 2. C. in quib. caus. pignus vel hypoth. tacite contr. VIII, 15.**

4) In Gemäßheit der **L. 6. §. 1. D. d. jure fisci. XLIX, 14.**

5) z. B. Glück a. a. O. S. 78.

6) S. Glück a. a. O.

stehenden Pfandrechtes der Moment der übertragenen Verwaltung zu betrachten [7]).

Aus dem Bisherigen geht hervor, daß der Fiscus in sehr vielen Beziehungen ein gesetzliches Pfandrecht hat. Ungenau aber drückt Hermogenianus sich aus, wenn er einmal [8]) sagt: »**Fiscus semper habet jus pignoris.**« Denn daß es Fälle gebe, in welchen der Fiscus kein Pfandrecht hat, dies erhellet theils aus einer Stelle [9]), worin Ulpianus im Allgemeinen von »**casibus**« spricht, »**in quibus hypothecas non habet**« **fiscus**; theils aus solchen Stellen, welchen zu Folge dem Fiscus insbesondere wegen der ihm gebührenden Strafgelder kein gesetzliches Pfandrecht zusteht [10]).

II. Pfandrechte der Ehefrau.

Sie schreiben sich insgesammt aus Justinianischen Verordnungen her.

1. Die Ansprüche der Ehefrau auf Restitution der Dos sind gesichert durch ein allgemeines Pfandrecht an dem Vermögen desjenigen, welcher zur Restitution verpflichtet ist, er sei der Ehemann selbst, oder ein Anderer [11]). Und zwar findet dabei die Anomalie Statt, daß unter dieser gesetzlichen Hypothek diejenigen Sachen mitbegriffen sind, welche, bei aufgelöst'er Ehe, **ipso jure** in das Eigenthum der Frau übergehen [12]). Der Vortheil, welcher daraus für die Frau erwächst, besteht in der Sicherstellung gegen die Ansprüche dritter Personen, die etwa, während der Ehe, ihrer Seits an diesen Sachen Pfandrechte erworben haben. Der Anfangspunkt des der Frau zustehenden Pfandrechtes wird durch die Concurrenz zweier Ereignisse bestimmt: Bestellung der Dos und Eingehung der Ehe. Erst von da an, wo Beides zusammentrifft, kann das Pfandrecht datirt wer-

7) Argum. L. 6. §. ult. C. d. bonis, quae liberis etc. VI, 61.

8) In der L. 46. §. 3. D. d. jure fisci. XLIX, 14.

9) L. 10. pr. D. d. pactis. II, 14. Vergl. indessen Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. Bd. VIII. S. 402. Anm 1.

10) L. 17. L. 37. D. d. jure fisci und L. un. C. poenis fiscalibus creditores praeferri. X, 7.

11) L. 30. C. d. jure dotium. V, 12. L. un. §. 1. C. d. rei uxoriae act. V, 13. §. 29. I. d. actionib. IV, 6.

12) cit. L. 30. C. d. jure dot. V, 12.

den [13]). Uebrigens gewährt dies gesetzliche Pfandrecht der Frau Sicherheit nicht nur rücksichtlich des ursprünglichen Heirathsgutes, sondern auch rücksichtlich der späteren Vermehrung desselben; nur kann begreiflicher Weise das Pfandrecht in dieser Beziehung nie früher beginnen, als bis die Vermehrung selbst erfolgt ist [14]).

2. Auch in Betreff der Ansprüche, welche die Ehefrau wegen der **Propter nuptias donatio** hat, steht ihr ein gesetzliches Pfandrecht zu, und zwar an dem gesammten Vermögen desjenigen, der ihr die Schenkung zugesichert hat [15]). Nach der eben (Note 15.) angeführten Novelle ist der Augenblick, da die **Propter nuptias donatio** erfolgt, derjenige, mit welchem das Pfandrecht anhebt. Daher bleiben denn mehre Neuere [16]) hierbei stehen. Die Natur der Sache scheint es indessen mit sich zu bringen, daß, wie bei dem Pfandrechte wegen der Dos, so auch bei diesem, außerdem noch die Eingehung der Ehe berücksichtiget werde. Ohne Grund [17]) ziehen Einige dieses gesetzliche Pfandrecht in Zweifel.

3. Wenn eine Ehefrau die Verfügung über ausstehende Forderungen, die zu ihrem Paraphernalvermögen gehören, dem Manne überläßt, und dieser die Forderungen beitreibt; so steht der Frau, Falls sie nicht schon ein vertragsmäßiges Pfandrecht hat, von dem Augenblick der erfolgten Beitreibung an, zur Sicherung ihrer dadurch begründeten Ansprüche, an dem ganzen Vermögen des Mannes ein gesetzliches Pfandrecht zu [18]). Die Praxis geht über die hier bezeichneten Grenzen hinaus, indem sie der Frau wegen aller und jeder die Verwaltung ihres Paraphernalvermögens betreffenden Ansprüche an den Mann, ein gesetzliches Pfandrecht einräumt [19]).

Noch ist Folgendes zu bemerken:

a. Nach der **Nov. 109.** sollen die in dem Bisherigen angegebenen Vorrechte, gleich andern mehr, nur den rechtgläubi-

13) Anders bestimmt den Anfangspunkt v. Wening-Ingenheim, gem. Civilr. Buch II. §. 137.

14) **L. 19. C. d. donat. ante nupt. V, 3.**

15) **Nov. 109. c. 1.** Vgl. **L. ult. §. 2. C. qui potiores in pignore. VIII, 18.**

16) z. B. v. Wening-Ingenheim a. a. O.

17) S. Glück, XIX. S. 126. folg.

18) **L. ult. C. d. pact. convent. tam super dote etc. V, 14.**

19) Glück a. a. O. S. 124.

gen Ehefrauen zu Statten kommen. Daß nun dadurch ketzerische Ehefrauen ausgeschlossen sind, ist allgemein anerkannt. Streitig aber ist, ob von jüdischen Ehefrauen dasselbe zu behaupten sei. Der richtigen Ansicht nach sind sie gleichfalls ausgeschlossen [20]).

b. Eben so streitig ist die Frage, ob einer Ehefrau die erwähnten Vorrechte auch dann zukommen, wenn die Ehe eine bloß putative ist. Die meisten Rechtsgelehrten glauben, wenigstens nach Grundsätzen des Canonischen Rechtes, diese Frage bejahen zu müssen [21]); richtiger aber dürfte die entgegengesetzte Meinung sein.

c. Auch darüber ist man nicht einig, ob rücksichtlich einer im Voraus bestellten Dos, Falls hinterdrein die Ehe nicht zu Stande kommt, der Braut ein gesetzliches Pfandrecht beizulegen sei. Mit Recht indessen sprechen die meisten Schriftsteller der Braut ein solches Pfandrecht ab [22]).

d. Außer der Ehefrau hat auch jeder Andere, der eine wahre, eigentliche Dos auf den Grund gesetzlicher Vorschrift zurück fordern kann, ein allgemeines stillschweigendes Pfandrecht; nicht aber, wie Einige irriger Weise meinen, derjenige, dem nur ein besonders bedungenes, vertragsmäßiges Rückforderungsrecht zusteht [23]).

III. Pfandrecht des Ehemannes.

Wie Justinian, wegen Rückgabe des Brautschatzes, der Frau, so hat er, wegen wirklicher Leistung eines dem Ehemanne versprochenen Brautschatzes, diesem ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht verliehen, nämlich an dem Vermögen desjenigen, welcher die Dos versprochen hat [24]). Der Anfangspunkt dieses Pfandrechtes richtet sich theils nach dem Zeitpunkte des gegebenen Versprechens, theils nach dem Zeitpunkte der eingegangenen Ehe; nicht bloß, wie Manche [25]) meinen, nach

20) S. §. 51. und Glück a. a. O. S. 111. folg.
21) S. Glück a. a. O. S. 107. folg.
22) S. Glück a. a. O. S. 97. folg.
23) L. un. §. §. 1. 13. C. d. rei uxor. act. V, 13.
24) L. un. §. 1. C. eod.
25) z. B. v. Wening-Ingenheim, gem. Civilr. Buch II. §. 138.

jenem ersten. Uebrigens gilt dieses Pfandrecht auch für den Fall, da die von dem Manne in dotem empfangenen Sachen evincirt werden [26]).

IV. Pfandrechte der Kinder an dem Vermögen des Vaters oder der Mutter.

1. Wenn, nach aufgelöf'ter Ehe, der Parens sich wieder verheirathet, so gehet die Proprietät alles desjenigen, was er von dem früheren Ehegaten durch irgend einen Akt der Freigebigkeit erhalten hat, auf die aus der früheren Ehe vorhandenen Kinder über (§. 306. S. 257. D.). Diese aber haben, wegen der ihnen deshalb zustehenden Ansprüche, an dem ganzen Vermögen des Parens ein gesetzliches Pfandrecht [27]). Bei diesem Pfandrechte tritt eine ähnliche Anomalie ein, wie bei dem Pfandrechte der Frau wegen der Dos (vergl. vorhin II, 1.); indem die Sachen selbst, deren Proprietät den Kindern zu Theil geworden ist, in dem Pfandrechte mitbegriffen sind [28]). Außerdem finden wir auch den Anfangspunkt des Pfandrechtes auf eine anomale Weise bestimmt: Es fängt nicht, wie man erwarten sollte, erst mit der Eingehung der neuen Ehe an; sondern das Alter desselben soll beurtheilt werden nach dem Zeitpunkte, in welchem der wieder verheirathete Parens die in das Eigenthum der Kinder übergegangenen Gegenstände erworben hat; die Kinder haben daher vor anderweitigen Pfandgläubigern, deren Pfandrechte seitdem erst, wenn schon vor eingegangener neuer Ehe, entstanden sind, den Vorzug [29]).

2. Wenn ein Kind unter väterlicher Gewalt eignes Vermögen hat, welches sich von der Mutter, oder ex **materna linea**, d. h. von Ascendenten der Mutter herschreibt, so gehört dieses zu dem s. g. **Peculio adventitio** des Kindes: Der Vater hat die Verwaltung und den Nießbrauch desselben. Dieses Verhältniß begründet nun aber Ansprüche des Kindes an

26) cit. L. un. §. 1. C. eod.
27) S. wegen der Mutter L. 6. §. 2. C. d. secund. nupt. V, 9. (eine Constitution von Leo und Anthemius); wegen des Vaters L. 8. §. 4. C. eod. (eine Constitution von Justinian.)
28) cit. L. 6. §. 2. C. eod.
29) cit. L. 6. §. 2. C. eod.

den Vater, zu deren Sicherung Justinian [30]) dem Kinde an dem gesammten Vermögen des Vaters ein gesetzliches Pfandrecht verliehen hat. Den Anfangspunkt desselben bestimmt [31]) das »initium gerendae vel deserendae administrationis«, nicht das »tempus, ex quo male aliquid gestum fuerit.« Auf Ansprüche des Kindes wegen seines anderweitigen, der Verwaltung und dem Nießbrauche des Vaters unterworfenen Vermögens, desjenigen also, welches nicht von der Mutter, oder deren Ascendenten herrührt, bezieht sich dieses Pfandrecht nicht: Justinian bevorwortet dies in der betreffenden Verordnung [32]) ausdrücklich. Nichts desto weniger dehnt, nach Hellfelds [33]) Zeugniß, die Praxis das gesetzliche Pfandrecht der Kinder auf deren sämmtliche Adventitien aus. Daß dies indessen nicht allgemein geschehe, ergibt sich u. A. aus **Leyser, Meditationes ad Pandectas, Spec. 164. med. 8.** Uebrigens wollen Einige, obschon mit Unrecht [34]), auch das hier in Rede stehende Pfandrecht auf die Voraussetzung beschränkt wissen, daß der Vater zu einer neuen Ehe geschritten sei. Ganz und gar aber hat die gesetzliche Begründung desselben neuerdings v. Löhr [35]) in Abrede gestellt.

V. Pfandrechte bevormundeter Personen.

1. Minderjährige, welche unter Vormundschaft stehen, sie mögen mündig oder unmündig sein, haben wegen aller Forderungen aus der Vormundschaft eine gesetzliche General-Hypothek an dem Vermögen der Vormünder [36]). Dieses Pfandrecht fängt an in dem Augenblick, in welchem die Vormundschaft entweder in der That angetreten ist, oder doch hätte angetreten werden sollen [37]).

30) In der **L. 8. §. 5. C. d. secund. nupt. V, 9.**

31) Nach **L. 6. §. 4. C. d. bonis, quae liberis etc. VI, 61.**

32) **cit. L. 6. §. 2. C. eod.**

33) **Jurisprud. forens. §. 1088.** Anm. s.

34) S. Glück, **XIX. S. 131.** folg.

35) Im Archiv f. d. civilist. Prax. Bd. IX. S. 71. folg.

36) **L. 20. C. d. administrat. tutor. etc. V, 37. L. un. §. 1. C. d. rei uxor. act. V, 13. L. ult. C. d. legitima tutela. V, 30. Nov. 118. c. 5. L. un. C. rem alienam gerentibus non interdici rerum suarum alienatione. IV, 53.** (über welche Stelle zu vergleichen ist Glück, **XIX. S. 142. 143.**)

37) S. **L. 6. §. 4. C. d. bonis, quae liberis etc. VI, 61.**

2. Ein gleichartiges Pfandrecht haben Wahnsinnige und Blödsinnige an dem Vermögen ihrer Curatoren [38]).

3. Wenn die Mutter die Vormundschaft über ihre Kinder führt, und sich aufs Neue verheirathet, ohne zuvor für die Bestellung eines anderweitigen Vormundes gesorgt, Rechnung abgelegt und das Vermögen der Kinder herauszugeben zu haben; so steht den Kindern ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht zu auch an dem Vermögen ihres Stiefvaters [39]). Das Pfandrecht beginnt, sobald die neue Ehe eingegangen ist.

Streitig sind folgende Fragen:

a. Ob auch Prodigi ein gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen, ihrer Curatoren haben [40]);

b. ob das gesetzliche Pfandrecht an dem Vermögen der Vormünder sich auch auf das Vermögen der Pro-Tutoren und Pro-Curatoren erstrecke, d. h. auf das Vermögen derjenigen, die, ohne Vormünder zu sein, sich als Vormünder geriren [41]). An ausdrücklichen Stellen, aus welchen diese Fragen beantwortet werden könnten, fehlt es; indessen scheint in Hinsicht beider die bejahende Antwort mehr, als die verneinende, für sich zu haben. Bei den Prodigis kommt insbesondere in Betracht ihre sonstige Gleichstellung mit den Wahnsinnigen.

VI. Pfandrecht bei kirchlichen Emphyteusen.

Deteriorirt der Emphyteuta das Grundstück, so hat die Kirche, wegen ihrer Entschädigungsansprüche, an dessen Vermögen ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht [42]) vom Augenblick an der erfolgten Deterioration.

Meißner [43]) läugnet dieses Pfandrecht.

38) L. 7. §. 5. C. d. curatore furiosi v. prodigi. V, 70. (eine Constitution von Justinian.)

39) L. 2. C. quando mulier tutelae officio etc. V, 35. (eine Constitution von Theodosius I.) L. 6. C. in quib. causis pignus v. hypoth. tacite contr. VIII, 15. (eine Constitution von Theodosius II.). Nov. 22. c. 40.

40) S. Glück a. a. O. S. 147. folg.

41) S. Glück a. a. O. S. 155. folg.

42) Nov. 7. c. 3. §. 2.

43) Vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte. (Leipz. 1803. 04. 2 Thle. 8.) §. 198.

VII. Pfandrecht in Bezug auf letztwillige Anordnungen, welche durch Viduität bedingt sind.

Wem in einem letzten Willen etwas unter der Bedingung hinterlassen ist, daß er sich nicht wieder verheirathe, der erhält das ihm Hinterlassene nur gegen das eidliche Versprechen, Falls er sich dennoch wieder verheirathen sollte, das Empfangene an denjenigen, auf dessen Kosten er es empfangen, herausgeben zu wollen: Derjenige aber, der unter der gedachten Bedingung Herausgabe fordern kann, ist, noch außer dem Eide, durch ein gesetzliches Pfandrecht an dem gesammten Vermögen des Empfängers gesichert [44]). Die Entstehung des Pfandrechtes fällt zusammen mit der Entstehung der Schuld; diese aber ist nicht eher vorhanden, als bis die Bedingung des gegebenen Versprechens erfüllt ist; rückwirkende Kraft hat hier, wo die Bedingung eine solche ist, **quae invito debitore impleri non possit**, die Erfüllung nicht. Vergl. §. 335. [45]).

Auch die gesetzliche Begründung dieses Pfandrechtes ist neuerdings bestritten worden [46]).

§. 339.

c. Besondere gesetzliche Pfandrechte.

Dergleichen Pfandrechte haben: **I.** Diejenigen, welche zum Wiederaufbau eines Gebäudes Geld dargeliehen haben; **II.** Pupillen; **III.** Verpächter und Vermiether von Grundstücken; **IV.** Legatare und Fideicommissare.

I. Diejenigen, welche zum Wiederaufbau eines Gebäudes Geld dargeliehen haben,

es sei nun an den Bauherrn selbst, oder, in dessen Auftrage, an denjenigen, der den Bau in Verding genommen, sind, wegen ihrer Forderung aus dem Darlehn, durch ein besonderes gesetzliches Pfandrecht an dem wieder hergestellten Gebäude gesi-

44) Nov. 22. c. 44. §. §. 2. 3. 9.

45) Anders bestimmt den Anfangspunkt v. Wening-Ingenheim, gem. Civilr. Buch II. §. 139.

46) S. Marezoll in dem Magazin f. Rechtswissensch. u. Gesetzgeb. von v. Grolman u. v. Löhr. Bd. IV. S. 215. folg.

chert [1]). Im Einzelnen ist über dieses Pfandrecht Folgendes zu bemerken:

1. Die angeführte Stelle spricht von einer **Restitutio aedificii exstruendi**; es ist also sowohl der Fall ausgeschlossen, da ein neues Gebäude auf einem bisher leeren Platze aufgeführt wird, als der, da ein vorhandenes Gebäude bloß ausgebessert wird. Eine Reparatur von Grund aus pflegt man indessen dem Wiederaufbau gleich zu achten [2]).

2. Nur von einer **Insula**, von einem **Aedificium** ist in der erwähnten Stelle die Rede; mit Unrecht nehmen daher Manche [3]) auch dann ein gesetzliches Pfandrecht an, wenn Jemand zur Herstellung anderer Sachen ein Darlehn gegeben hat. Daß aber das Gebäude grade ein Wohngebäude sein müsse, wie Einige meinen, ist nicht erforderlich [4]).

3. Unserer Stelle zu Folge hat nur derjenige dieses Pfandrecht, **qui pecuniam mutuam dedit**; es wird also ein Darlehn und zwar in Gelde vorausgesetzt. Unrichtig ist es, wenn Viele [5]) auch demjenigen ein gesetzliches Pfandrecht zuschreiben, welcher Baumaterialien geliefert, oder Arbeit geleistet hat.

4. Unsere Stelle setzt voraus, daß das Darlehn **ob restitutionem aedificii exstruendi**, also eigens zu diesem Zwecke, gegeben sei. Die wirkliche Verwendung zum Wiederaufbau ist auf die Entstehung des Pfandrechtes ohne Einfluß: Weder ist sie für sich allein hinreichend, wenn nicht schon ursprünglich das Geld zum Wiederaufbau gerade dargeliehen ist; noch auch bedarf es ihrer, sobald jenes geschehen ist. Ueber diesen letzten Punkt sind jedoch Viele [6]) anderer Meinung.

5. Gegenstand des Pfandrechtes ist zunächst das wiederhergestellte Gebäude; aber, gleich jedem anderen Pfandrechte an einem

1) **L. 1. D. in quib. caus. pignus v. hypoth. tacite contr. XX, 2. »Senatusconsulto, quod sub Marco Imperatore factum est, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemtori domino mandante nummos ministravit.«**

2) S. Glück, **XIX.** S. 33. folg.

3) Vergl. Glück a. a. O. S. 39. folg.

4) S. Glück a. a. O. S. 22. folg.

5) Siehe die von Glück, **XIX.** S. 25. Anm. 69. angeführten Schriftsteller.

6) z. B. Glück a. a. O. S. 35. folg.

Gebäude (§. 331.), begreift auch dieses den Platz, auf welchem das Gebäude steht, mit in sich, und wird daher keinesweges, wie Einige [7]) meinen, durch den Untergang des Gebäudes aufgehoben. Allerdings aber ist das Pfandrecht an dem Platze nur eine Folge von dem Pfandrechte an dem Gebäude [8]); und sonach kann die **Area** nicht eher für verpfändet geachtet werden, als bis in der That gebauet ist, wenn schon nicht grade Vollendung des Baues erfordert wird. Hieraus ergibt sich denn zugleich, daß das Pfandrecht nicht schlechthin schon mit dem Zeitpunkte des geschlossenen Vertrages seinen Anfang nehmen kann [9]), sondern daß es bei Bestimmung des Anfanges, außer der Existenz der Forderung, auch noch auf das Beginnen des Baues ankommt: früher fehlt es dem Pfandrechte an einem Gegenstande.

6. Das gesetzliche Pfandrecht desjenigen, der zur Wiederherstellung eines Gebäudes Geld dargeliehen hat, ist zugleich ein privilegirtes. Ein gleiches Privilegium kommt auch allen denjenigen zu, welche zur Herstellung anderer Sachen Geld dargeliehen, oder zur Erhaltung von Sachen irgend einer Art sonst etwas geleistet, und an den durch ihre Vermittelung erhaltenen Gegenständen ein Pfandrecht erworben haben. S. §. 350. Ein Pfandrecht können sie aber nur dadurch erwerben, daß sie sich dasselbe eigens bestellen lassen. Mithin gehört ihr Pfandrecht mit dem hier bezeichneten (s. Note 1.) zwar hinsichtlich des Privilegii in Eine Classe; nicht aber in Beziehung auf die Art und Weise der Begründung. Das Verkennen dieses Unterschieds ist es vornämlich, was Viele veranlaßt hat, dem gesetzlichen Pfandrechte, von welchem hier die Rede ist, eine Ausdehnung zu geben, die ihm nicht zukommt. (Vergl. Nr. 2. u. 3.) Dieselbe Verwechslung des Vorzugsrechtes mit der Begründung des Pfandrechtes ist aber auch auf die Meinung von Einfluß gewesen, der zu Folge der Darleiher an dem wieder hergestellten Gebäude nur dann ein gesetzliches Pfandrecht haben soll, wenn das dargeliehene Geld in der That auf die Herstellung des Gebäudes verwandt worden ist.

7) Vgl. Glück a. a. O. S. 38.
8) Vergl. **L. 21. D. d. P. A. XIII, 7.**
9) Wie v. Wening-Ingenheim, gem. Civilr. Buch **II.** §. 142. will.

(Vergl. Nr. 4.) Das Privilegium des Pfandrechtes ist von dieser Voraussetzung allerdings abhängig (s. §. 350.); nicht aber das Pfandrecht selbst.

II. Pupillen

haben an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen, inwieweit sie Erstattung des Geldes zu fordern berechtiget sind, ein stillschweigendes specielles Pfandrecht [10]). Die näheren Bestimmungen sind folgende:

1. Es wird vorausgesetzt, daß das Geld sich noch zur Zeit der Verwendung auf den Ankauf in des Pupillen Vermögen befunden habe. Waren daher die Geldstücke damals bereits mittelst eines rechtsbeständigen Darlehns in das Eigenthum eines Andern übergegangen, so fällt das gesetzliche Pfandrecht weg.

2. Es versteht sich, daß die Sachen nicht für den Pupillen selbst angeschafft sein dürfen; es wird vielmehr vorausgesetzt, daß der Tutor, oder irgend ein Dritter dieselben für sich angekauft habe.

3. Das Pfandrecht hebt an im Augenblick der erfolgen Verwendung des Geldes.

4. Ist der Tutor der Käufer, so concurrirt das besondere gesetzliche Pfandrecht, von welchem hier die Rede ist, mit jenem allgemeinen gesetzlichen Pfandrechte, dessen im vorig. §. unter V, 1. gedacht worden ist. Dennoch ist das besondere Pfandrecht auch in einem solchen Falle für den Pupillen nicht ohne Nutzen: Denn, wie das Pfandrecht, welches etwa irgend ein Anderer sich an den mit seinem Gelde angeschafften Sachen eigens hat bestellen lassen, ein privilegirtes ist (s. §. 350.), so auch dieses besondere gesetzliche Pfandrecht [11]); dagegen ist das allgemeine gesetzliche Pfandrecht des Pupillen nicht privilegirt. Eine andere Eigenheit des Falls, da der Tutor gekauft hat, besteht darin: Der Pupill hat die Wahl, ob er sein Geld zurück fordern und das ihm deshalb zuständige Pfandrecht geltend machen, oder die mit

10) L. 6. C. d. servo pignori dato manumisso. VII, 8. L. 3. pr. D. d. reb. eor., qui sub tutela etc. XXVII, 9.

11) L. 7. pr. D. qui potiores in pignore. XX, 4., womit zu verbinden sind L. 5. u. L. 6. eod.

seinem Gelde erkauften Sachen als die seinigen betrachten will. S. §. 234.

5. In den Quellen ist immer nur von einem den Pupillen zustehenden Pfandrechte die Rede. Man pflegt indessen das von Pupillen Gesagte anzuwenden auch auf mündige Minderjährige.

Ueber manche von der bisherigen Darstellung abweichende Ansichten — daß der Pupill an den mit seinem Gelde erkauften Sachen überall gar kein gesetzliches Pfandrecht habe — oder daß er es nur habe, wenn der Tutor der Käufer ist — oder umgekehrt nur in dem Fall, da ein Dritter gekauft hat — siehe Glück, XIX. S. 48. folg.

III. Verpächter und Vermiether von Grundstücken

haben zur Sicherstellung ihrer aus dem Pacht- oder Miethsvertrage hervorgehenden Forderungen, nicht weniger derjenigen, welche Entschädigung, als derjenigen, welche das Pacht- oder Miethsgeld betreffen [12]), ein besonderes gesetzliches Pfandrecht, dessen Gegenstand, nach Verschiedenheit des Grundstückes, verschieden ist.

1. Ist das Grundstück ein **Praedium rusticum**, d. h. ein dem Fruchtertrage bestimmtes Grundstück, so sind die Früchte Gegenstand des gesetzlichen Pfandrechts [13]), aber nur diese, nicht auch, wie irriger Weise [14]) Mehre annehmen, die von dem Pächter eingebrachten Sachen. Der Anfang des Pfandrechtes fällt zusammen mit der Perception der Früchte durch den Pächter [15]). Einige Rechtsgelehrte wollen dieses Pfandrecht nur dem Eigenthümer des verpachteten Grundstückes, oder wenigstens nur dem ersten Verpächter zugestehen; während Andere es mit Recht jedem Verpächter, namentlich auch dem Afterverpächter beilegen [16]). Allerdings aber wird durch Afterverpachtung das Recht des ersten Verpächters in keiner Beziehung geschmälert [17]).

12) S. L. 2. D. in quib. causis pignus vel hypoth. tacite contr. XX, 2.

13) L. 7. pr. D. eod.

14) S. Glück, XVIII. S. 443. folg.

15) Vgl. Glück a. a. O. S. 447. 448.

16) S. Glück a. a. O. S. 441. 442.

17) L. 24. §. 1. L. 53. D. locati conducti. XIX, 2.

2. Bei einem **Praedio urbano**, worunter hier nicht bloß jedes Gebäude, sondern auch jeder leere, nicht zur Fruchterzeugung bestimmte Platz verstanden wird [18]), machen die **Invecta et Illata** des Miethers den Gegenstand des gesetzlichen Pfandrechtes aus [19]); vorausgesetzt, daß die Absicht des Miethers bei Einbringung der Sachen in Beziehung steht zu dem Zwecke der Miethe [20]). Das Pfandrecht fängt nicht eher an, als bis die Illation erfolgt ist [21]); hat es aber einmal begonnen, so dauert es fort, wenn schon die Sachen aus dem Grundstücke wieder hinausgebracht sind. Daß der Miether, nach **L. 6. u. L. 9. D. in quib. causis pignus v. hypoth. tacite contr. XX, 2.**, so lange der Vermiether das ihm zustehende gesetzliche Pfandrecht noch nicht geltend gemacht hat, Sclaven, welche er inferirt, gültig soll manumittiren können, ist etwas Singuläres, auf besonderer Begünstigung der Freiheit Beruhendes. Man mißversteht diese Stellen, wenn man sie mit Glück [22]) und Andern zur Begründung des unrichtigen Satzes benutzt, daß überhaupt das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers auf diejenigen Gegenstände beschränkt sei, welche sich zu der Zeit, da es geltend gemacht wird, in dem Grundstücke vorfinden. Daß übrigens dieses Pfandrecht jedem Vermiether, namentlich auch dem Aftervermiether zustehe, ist allgemein anerkannt. Etwas dem Fall der Aftervermiethung Eigenthümliches liegt darin, daß die **Invecta** und **Illata** des Aftermiethers nicht bloß dem Aftervermiether haften, sondern, was Einige [23]) mit Unrecht in Abrede stellen, auch dem ersten Vermiether [24]). Indessen haften sie diesem doch immer

18) **L. 3. L. 4. §. 1. D. in quib. causis pignus v. hypoth. tacite contr. XX, 2.**

19) **L. 4. pr. D. d. pactis. II, 14. L. 4. pr. L. 6. D. in quib. causis pignus v. hypoth. tacite contr. XX, 2. L. 5. C. d. locato et conducto. IV, 65. L. ult. C. in quib. causis pignus v. hypoth. tacite contr. VIII, 15.**

20) **L. 7. §. 1. D. eod. coll. L. 32. D. d. pignoribus etc. XX, 1.**

21) **Argum. L. 11. §. 2. D. qui potiores in pignore. XX, 4. et L. 5. C. in quib. causis pignus v. hypoth. tacite contr. VIII, 15.**

22) a. a. O. S. 422. folg.

23) Vergl. Glück a. a. O. S. 430. folg.

24) **L. 5. pr. D. in quib. causis pignus v. hypoth. tacite contr. XX, 2. L. 11. §. 5. D. d. P. A. XIII, 7.**

nur für so viel, als der Aftermiether dem Aftervermiether schuldig ist [25]).

Wenn die **Locatio et conductio** sich auf ein aus verschiedenartigen Theilen bestehendes Ganzes bezieht, dergestalt, daß sich darauf sowohl der Begriff eines **Praedii rustici**, als auch der eines **Praedii urbani** anwenden läßt; so ist die Frage, ob der Locator an den Früchten, oder an den **Invectis et Illatis** ein gesetzliches Pfandrecht habe, nach dem Hauptzwecke der **Locatio et conductio** zu entscheiden [26]).

IV. Legatare und Fideicommissare

haben, der ihnen ausgesetzten Vermächtnisse halber, ein durch Justinian eingeführtes besonderes gesetzliches Pfandrecht.

Es gilt dies **1.** von denjenigen, welchen ein Legat, oder, was im Justinianischen Rechte ganz auf dasselbe hinausläuft, ein singuläres Fideicommiß hinterlassen ist. Gegenstand des gesetzlichen Pfandrechtes ist Alles, was der mit dem Vermächtnisse Belastete aus dem Vermögen des Verstorbenen erhalten hat [27]). Ueber den Anfangspunkt des Pfandrechtes gibt es verschiedene Meinungen [28]); die richtige Ansicht ist, daß das Pfandrecht gleichzeitig mit der Verpflichtung des Belasteten seinen Anfang nimmt. Sind mit dem Vermächtnisse Mehre **pro rata** belastet, so haftet auch das aus dem Vermögen des Verstorbenen auf den Einzelnen Uebergegangene nur eben für dessen Antheil an der Schuld [29]), nicht, wie Einige [30]) behaupten, für das Ganze [31]).

2. Auch bei universellen Fideicommissen gibt es ein gesetzliches Pfandrecht. Es kommen in Bezug darauf zwei Justinianische Verordnungen in Betracht: Die eben angeführte **L. 1. C. Communia de legat. etc. VI, 43.** und die **Nov. 108.** Jene spricht von dem Pfandrechte bei Fideicommissen, ohne aus-

25) **cit. L. 11. §. 5. C. eod.**
26) **Argum. L. 198. D. d. V. S.**
27) **L. 1. C. communia de legat. VI, 43.**
28) S. Glück, **XIX. S. 169.** folg.
29) **cit. L. 1. C. eod.**
30) z. B. Glück a. a. O. **S. 176.** folg.
31) S. v. Löhr im Archiv f. d. civilist. Prax. **Bd. V. S. 213.** folg.

drückliche Beschränkung auf die Voraussetzung eines singulären Fideicommisses. Diese bezieht sich auf den besondern Fall, da Jemanden mittelst eines universellen Fideicommisses dasjenige zugesichert ist, was bei dem Tode des Fiduciars von der Erbschaft übrig sein werde. Hier schreibt Justinian Folgendes vor: In der Regel soll dem Fideicommissar mindestens der vierte Theil der Erbschaft erhalten werden; ist aber so viel nicht mehr vorhanden, und fehlt es zur Ergänzung an anderweitigem Vermögen des Belasteten, so soll der Fideicommissar, wegen seines Anspruches auf Ergänzung, an den vom Fiduciar veräußerten Erbschaftssachen ein gesetzliches Pfandrecht haben. Ueber dieses Letztere äußert sich Justinian in dem 2. Kap. der Novelle (nach der Hombergkischen Uebersetzung) also:

»Tum adversus eos, qui emerunt, vel aliter res acceperunt, in rem actionem et hypotbecas auctoritate hujus legis damus, ut fideicommissario per rerum vindicationem sibi ipsi satisfacere liceat: id, quod etiam in legatis jam concessimus et in constitutione tam in rem actionem, quam persecutionem fideicommissi illis largiti sumus.«

Dies sind die Constitutionen, auf die es ankommt. Ueber das Resultat sind indessen die Meinungen getheilt. Die Einen sagen: Die **L. 1. C. Communia de legat. etc.** findet auf universelle Fideicommisse eben sowohl Anwendung, wie auf singuläre. Im Allgemeinen hatte also der fideicommissarische Erbe schon vor der **Nov. 108.** ein gesetzliches Pfandrecht. In dem besonderen Falle aber, wovon die Novelle spricht, hatte er früher überhaupt keinen festen Anspruch auf irgend etwas, und aus diesem Grunde auch kein Pfandrecht. Einen festen Anspruch räumt erst die Novelle ihm ein, und mit diesem zugleich ein Pfandrecht: bloß hierin besteht das Neue in der Novelle [32]). Andere stellen die Sache auf folgende Weise dar: Was die **L. 1. C. Communia de legat. etc.** von Fideicommissen sagt, ist nur von sin-

32) So namentlich v. Löhr a. a. O. S. 211. 212.

gulären Fideicommissen gemeint. Daher hatte vor der Nov. 108. der fideicommissarische Erbe überall kein gesetzliches Pfandrecht. Erst durch diese Novelle hat er ein solches erhalten; aber auch nur für den besondern in der Novelle bezeichneten Fall und in der durch sie bestimmten eigenthümlichen Art [33]). Es ist nicht zu läugnen, daß sich diese letzte Ansicht den Worten der Novelle genauer anschließt, als die zuerst erwähnte.

§. 340.

d. Ueber einige angebliche gesetzliche Pfandrechte.

Zu diesen einer gesetzlichen Begründung ermangelnden Pfandrechten gehören, außer denjenigen, deren beiläufig schon früher Erwähnung geschehen ist, namentlich folgende:

1. Das allgemeine Pfandrecht, welches Viele den Kirchen und Stiftungen an dem Vermögen ihrer Verwalter, oder wohl gar an dem Vermögen aller ihrer Contractsschuldner zuschreiben. Ueber den Ungrund dieses Pfandrechtes s. Glück, XIX. S. 197. 198., welcher zugleich bemerkt, daß der Gerichtsgebrauch, auf den man sich bei diesem Pfandrechte zu berufen pflegt [1]), noch vielem Zweifel unterworfen sei.

2. Das allgemeine Pfandrecht der Städte an dem Vermögen ihrer Verwalter, desgleichen an dem Vermögen derjenigen, welche der Stadtcasse Abgaben schuldig sind. Dieses Pfandrecht hat zwar die Praxis für sich, aber keine gesetzliche Vorschrift. Vielmehr widerstreiten der Annahme desselben gradezu **L. 10. D. ad municipalem et de incolis L. 1. und L. 2. C. d. jure reipublicae XI, 29.** S. außerdem Glück a. a. O. S. 83. folg.

3. Das besondere Pfandrecht, welches Viele dem Eigenthümer an seinem eigenen, mit einer **Emphyteusis**, oder **Superficies** belasteten Grundstücke, rücksichtlich des ihm gebührenden Canons oder Solariums, beilegen. S. dagegen Glück a. a. O. S. 60. 61.

33) So z. B. Glück a. a. O. S. 168. 169.

1) S. Hellfeld, Jurisprud. forens. §. 1089.

4. Das von Mehren angenommene besondere Pfandrecht an fremden Grundstücken, aus welchen man jährliche Renten und Gefälle zu beziehen hat. S. dagegen Glück a. a. O. S. 58. folg.

5. Das besondere Pfandrecht, welches Fracht fahrer, der Fracht halber, an den ihnen zum Transport übergebenen Sachen haben sollen. S. dagegen Glück a. a. O. S. 58. u. XI, S. 217. 218.

6. Das besondere Pfandrecht, welches Einige [2]) demjenigen, der zur Anschaffung einer **Militia**, d. h. hier einer käuflichen öffentlichen Bedienung, ein Darlehn gegeben hat, an dieser **Militia** zuschreiben. Die Stellen, welche dafür angeführt werden [3]), enthalten nichts von einem gesetzlichen Pfandrechte, sondern sie betreffen nur die Fragen: Ob eine **militia** überhaupt verpfändet werden könne; ob sie in einer von dem Schuldner bestellten General-Hypothek mitbegriffen sei; und ob derjenige, welcher **in militiam emendam** Geld geliehen und sich deshalb an der **militia** selbst ein Pfandrecht hat bestellen lassen, andern Pfandgläubigern vorgehe. (S. §. 350.).

Noch mehrer angeblich gesetzlicher Pfandrechte gedenkt Meißner, Vollst. Darstell. d. Lehre v. stillschw. Pfandr. §. 198. u. §. §. 200 — 203.

§. 341.

B. Succession in ein schon vorhandenes Pfandrecht.

† **DIG. XX, 4. Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. — † COD. VIII, 19. De his, qui in priorum creditorum locum succedunt.**

Der Uebergang des Pfandrechtes von Einem auf den Andern kann durch universelle Succession vermittelt werden. Der Erbe, wie er in des Verstorbenen übrige Rechte succedirt, succedirt auch in dessen Pfandrechte. Aber es gibt hier auch eine singuläre Succession.

2) z. B. Thibaut, Pand. §. 788.
3) L. ult. C. d. pignorib. VIII, 14. Nov. 53. c. 5. Nov. 97. c. 4. Nov. 136. c. 2.

Die allgemeinen Grundsätze in Hinsicht dieser letztern sind folgende:

1. Da das Pfandrecht ein bloß accessorisches Recht ist, so kann es von der dadurch versicherten Forderung nicht getrennt werden; es kann also nicht abgesondert für sich auf einen Andern übergehen.

2. Derjenige, dem die Forderung überlassen ist, hat Anspruch auch auf das Pfandrecht, wodurch die Forderung sicher gestellt wird [1]). Er kann daher Ueberlassung der **Hypothecaria actio** verlangen [2]). Diese kann dadurch bewirkt werden, daß er zur Anstellung der Klage als **Procurator in rem suam** bevollmächtiget wird; indessen **utiliter** wird er die Klage auch ohne das anstellen können [3]).

3. Der Uebergang des Pfandrechts auf einen Andern kann nur durch eine Handlung desjenigen vermittelt werden, dem das Pfandrecht zusteht.

4. Diese Uebertragung des Pfandrechtes ist allerdings eine nothwendige Folge von der Ueberlassung der Forderung. In jeder andern Beziehung aber ist sie eine Sache der freien Willkür.

5. Das Pfandrecht kann nicht übergehen auf den Eigenthümer der verpfändeten Sache, d. h. es kann auf diesen nicht in der Art übergehen, daß es fortbestände.

6. Wer in das Pfandrecht eines Andern succedirt, auf den geht dieses Pfandrecht in derselben Art über, in welcher es der bisherige Inhaber hatte. Also: sind andere Pfandgläubiger vorhanden, welchen der bisherige Inhaber nachstand, so wird diesen auch der Successor nachgesetzt werden müssen [4]). Eben so aber auch umgekehrt; hatte der bisherige Inhaber ein Vorzugsrecht vor andern Pfandgläubigern, so wird dieses gleichfalls auf den Successor übergehen [5]), vorausgesetzt nur, daß das Vorzugsrecht nicht streng auf die Person beschränkt ist, wie dies der

1) L. 6. L. 7. C. d. obl. et act. IV, 10.

2) L. 6. D. d. hereditate v. act. vendita. XVIII, 4. L. 11. L. 14. C. d. fidejussorib. et mandatorib. VIII, 41.

3) L. 8. C. d. hereditate v. act. vend IV, 39.

4) Siehe die Stellen in Note 1.

5) L. ult. C. d. privil. fisci. VII, 73. L. 2. C. h. t.

Fall ist mit dem Privilegium, welches die Ehefrau in Ansehung der gesetzlichen Hypothek wegen der Dos hat. (Vgl. §. 350. II.)

7. Dagegen kann das bloße Vorzugsrecht, abgesondert für sich, und ohne das Pfandrecht, dem es anklebt, kein Gegenstand der Succession sein.

Dies sind die allgemeinen Grundsätze. Es kommen nun aber auch Fälle der Succession vor, welche von diesen allgemeinen Grundsätzen mehr oder weniger abweichen. Diese sollen gegenwärtig bezeichnet werden:

Zuerst gehört hierher der Fall des **Pignus pignori datum.** Nämlich in mehren Stellen unserer Rechtsbücher wird gesagt: der Pfandgläubiger könne die ihm verpfändete Sache weiter verpfänden. Dies ist jedoch nur ein uneigentlicher Ausdruck. Die eigentliche Meinung ist diese: Der Pfandgläubiger kann einen andern Gläubiger, sei es sein eigner Gläubiger oder der Gläubiger eines Dritten, dadurch sicher stellen, daß er demselben sein Pfandrecht überläßt. Daß es nur so gemeint sei, ergibt sich aus den Folgen: Angenommen: Ich bin der Schuldner des **A.** und habe ihm eine Sache verpfändet; diese verpfändet er wieder dem **B.** Zahle ich nicht, so kann **B.** das Pfand verkaufen, er darf aber von dem Kaufgelde nicht mehr behalten, als meine Schuld an den **A.** beträgt. Zahle ich, so hört damit das Pfandrecht des **B.** an der von mir verpfändeten Sache auf. **B.** hat nun gar kein Pfandrecht mehr — außer inwieweit ich eine **Species** geleistet habe; dann erhält er an dieser ein Pfandrecht [6]).

Das Anomale liegt darin, daß die Forderung des **A.** auf den **B.** nicht übergeht. Dies ist wenigstens die richtige Ansicht,

6) **L 40. §. 2. D. d. P. A. XIII, 7. L. 1. L. 2. C. si pignus pignori datum sit. VIII, 24. L. 13. §. 2. D d. pignoribus. XX, 1.** »Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio, quam actio utilis ei danda est. Quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit, an non: quid enim si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius scribit: si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum, exacta ea creditorem secum pensaturum; si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.«

wenn gleich Einige einen solchen Uebergang annehmen. Dies beruht zum Theil auf Mißverstand der in der Note 6. zuletzt angeführten Stelle. Hier wird die Verpfändung eines Pfandes verglichen mit der Verpfändung einer Forderung; es wird aber keineswegs gesagt, daß die Verpfändung des Pfandes zugleich eine Verpfändung der Forderung enthalte [7]).

Ich wende mich zu einem zweiten Falle. Angenommen: **A.** hat eine durch ein Pfandrecht sicher gestellte Forderung. Diese wird durch Novation aufgehoben; in der Art, daß **A.** statt der bisherigen Forderung eine neue, in deren Stelle eintretende erhält. Zugleich aber wird ausgemacht, daß **A.** in Bezug auf diese neue Forderung dasselbe Pfandrecht haben solle, welches er in Ansehung der früheren, jetzt aufgehobenen Forderung hatte. Dieser Fall wird in unsern Quellen aus dem Gesichtspunkte einer Succession aufgefaßt; es wird von dem **A.** gesagt, er succedire »**in suum locum**«, d. h. er trete in Beziehung auf die neue Forderung in Rechte ein, die früher nicht einem Andern, sondern ihm selbst zustanden. Der Erfolg ist dieser: **A.** hat nunmehr für seine neue Forderung ein Pfandrecht, welches sich auf denselben Gegenstand bezieht, wie das frühere, und welches auch mit diesem frühern dieselbe Priorität hat. Also: wenn etwa, in der Zwischenzeit zwischen der ersten Bestellung des Pfandrechts und der später erfolgten Novation, dritte Personen an denselben Gegenständen ein Pfandrecht erlangt haben, so stehen sie dem **A.** nach. Aber freilich nur insoweit, als der Betrag der neuen Forderung des **A.** das Maaß seiner frühern Forderung nicht übersteigt. In Beziehung auf den Ueberschuß hat **A.** vor jenen dritten Personen die Priorität nicht [8]).

Es kommt nun aber auch hier noch darauf an, das Abweichende von den allgemeinen Grundsätzen hervorzuheben. Dieses zeigt sich darin, daß das frühere Pfandrecht bleibt, während doch die Forderung eine neue geworden ist. Oder, man

7) Dieser Ansicht sind u. A. Glück, **XIV.** S. 60.; Mühlenbruch, Cession. S. 336. folg. der 3ten Ausg. und Pand. §. 319. Nr. 5.

8) **L. 11. §. 1. D. d. P. A. XIII, 7. L. 3. pr. L. 12. §. 5. L. 21. pr. D. h. t.** (Ueber die letzte Stelle s. §. 350.)

kann, wenn man will, die Sache auch aus diesem Gesichtspunkte auffassen, daß man sagt: da die Forderung eine neue ist, so muß auch das Pfandrecht als ein neues betrachtet werden; aber die Priorität des früheren geht darauf über; es findet also eine Succession Statt in die bloße Priorität — was denn wieder den allgemeinen Grundsätzen entgegen ist.

Ein dritter Fall ist dieser: Ich leihe Jemanden Geld, ausdrücklich in der Absicht, um ihn in den Stand zu setzen, einen seiner Gläubiger, welcher ein Pfandrecht hat, zu befriedigen. Zugleich aber bedinge ich mir aus, daß dieselben Gegenstände, welche dem abzufindenden Gläubiger verpfändet sind, nunmehr mir verpfändet sein sollen. Wird alsdann das von mir dargeliehene Geld zu dem verabredeten Zwecke in der That verwendet — so succedire ich ohne Weiteres in das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers: es geht dieses mit sammt seiner Priorität auf mich über [9]).

Diese Succession nun ist mit einer zweifachen Anomalie verbunden: Einmal succedire ich in das Pfandrecht des Abgefundenen, ohne daß seine Forderung auf mich übergeht; vielmehr ist meine Forderung eine ganz andere, eine neue Forderung. Sodann succedire ich in das Pfandrecht des Abgefundenen, ohne daß es dabei irgend auf dessen Einwilligung ankommt.

Ein vierter, dem eben erörterten ganz analoger Fall ist dieser: Wenn ein Gläubiger **A.**, dem gewisse Sachen verpfändet sind, dem Schuldner verstattet, diese Sachen zu verkaufen, um aus dem Kaufgelde einen andern Gläubiger **B.**, dem andere Sachen verpfändet sind, zu befriedigen, und zugleich sich den Eintritt in das Pfandrecht dieses letzteren ausbedingt, so hört das bisherige Pfandrecht des ersteren Gläubigers **A.** an den verkauften Sachen auf — aber er succedirt in das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers **B.** [10]).

Fünfter Fall. Denken wir uns: der Schuldner verkauft die verpfändete Sache, es sei an einen seiner Gläubiger, oder sonst an irgend einen Andern, und wendet das Kaufgeld zur

9) L. 3. D. quae res pignori etc. XX, 3. L. 12. §. 8. D. h. t. L. 1. C. eod.

10) Vgl. L. 12. §. 9. D. h. t.

Befriedigung eines Pfandgläubigers an. Hier succedirt der Käufer in das Pfandrecht des Abgefundenen, ohne daß es dazu einer besonderen Uebereinkunft bedurfte, weder mit dem nunmehr Abgefundenen, noch auch mit dem Schuldner [11]).

In diesem Falle nun concurrirt eine ganze Menge von Anomalien. Einmal: der Käufer succedirt in das Pfandrecht, ohne daß die Forderung auf ihn überginge; ja es kann sein, er hat überall gar keine Forderung; auch nicht einmal eine eigne. Sodann: die Succession erfolgt ohne alles Zuthun von Seiten desjenigen, welchem succedirt wird. Endlich: der Käufer ist nun Eigenthümer und Pfandgläubiger zugleich; wovon er dann den Vortheil hat, den Verkauf der Sache durch irgend einen andern, ihm nicht etwa vorgehenden Pfandgläubiger verhindern zu können. Ich erinnere an §. 329.

Sechstens. Wir haben gesehen, der Regel nach kann Niemand gezwungen werden, sein Pfandrecht an Andere abzutreten. Diese Regel unterliegt jedoch mehr als Einer Ausnahme: Denken wir uns, die verpfändete Sache ist in den Händen eines Dritten, gegen welchen der Pfandgläubiger die **Hypothecaria actio** anstellt. Hier kann der Besitzer sich von dem Anspruche, die Sache herauszugeben, jederzeit dadurch befreien, daß er den Pfandgläubiger abfindet. Aber ist der Besitzer ein rechtmäßiger Besitzer, ein **Justus possessor** — so kann er überdies verlangen, daß der Pfandgläubiger ihm seine Forderung nebst dem damit verbundenen Pfandrechte überlasse. Hierauf werde ich zurückkommen im §. 359.

Ferner: Wenn eine Sache Mehren verpfändet ist, so hat jeder unter den mehren Pfandgläubigern das Recht, irgend einem der übrigen Zahlung anzubieten, und sich dadurch den Eintritt in dessen Rechte zu verschaffen. Derjenige, dem auf diese Weise Abfindung angeboten wird, darf das Anerbieten nicht ablehnen. Und so kann denn namentlich ein schlechterer Pfandgläubiger sich den Eintritt in die Rechte eines bessern Pfandgläubigers verschaffen. Dieses Recht der eigentlichen Pfandgläu-

11) L. 17. D. h. t. L. 3. §. 1. D. d. distract. pignor. XX, 5. L. 3. C. h. t.

biger gegen einander pflegt man das **Jus offerendi** zu nennen. Und davon wird denn in der Folge, im §. 353. noch ausführlich gehandelt werden.

III. Rechtsverhältnisse des Pfandgläubigers.

(§. §. 342—356.)

A. Von den Rechtsverhältnissen des Pfandgläubigers an und für sich. (§. §. 342—348.)

§. 342.

a. Im Allgemeinen.

Das Pfandrecht ist ein dingliches Recht; aber mit diesem dinglichen Rechte sind zugleich obligatorische Verhältnisse verbunden, welche ein **Accessorium** des dinglichen Rechts ausmachen.

Was nun zuerst die in dem dinglichen Rechte des Pfandgläubigers enthaltenen Befugnisse anbetrifft — so haben wir diese im Allgemeinen bereits im §. 329. kennen gelernt. Das Wichtigste ist das **Jus alienandi**, und davon soll denn in den §. §. 343—346. noch ausführlich gehandelt werden. — Hier will ich mich darauf beschränken, zu dem früher Vorgetragenen eine Reihe einzelner Bemerkungen hinzuzufügen.

1. Der Pfandgläubiger hat auf die Benutzung der Sache, namentlich auf die Fruchtbenutzung im Allgemeinen keinen Anspruch [1]). Wenn er sich jedoch im Besitze der Sache befindet, so ist er zur Perception der Früchte allerdings berechtigt: aber, entweder er gibt sie an Verpfänder heraus — oder er muß den Betrag derselben auf die Schuld abrechnen; zunächst auf die Zinsen, sodann auf das Capital [2]). Auf diese Weise wird dann die verpfändete Sache von dem auf ihr haftenden Pfandnexus um so eher befreiet. So verhält es sich, wenn über die Fruchtbenutzung keine besondere Abrede genommen ist. Es ist indessen vollkommen zulässig, dem Pfandgläubiger, vermittelst eines eignen

1) §. 6. I. d. obl. quae ex del. nasc. IV, 1.

2) L. 5. §. 21. D. ut in poss. legator. etc. XXXVI, 4. L. 2. L. 3. C. d. pigneratit. act. IV, 24. L. 2. C. d. partu pignoris et omni causa. VIII, 25.

deshalb getroffenen Uebereinkommens, die Fruchtbenutzung dergestalt einzuräumen, daß die Früchte nicht auf das Capital abgerechnet werden; sondern die Stelle der Zinsen vertreten sollen [3]). Eine solche Uebereinkunft wird von den Neueren **Pactum** *ἀντιχρήσεως* genannt, auch **Pactum antichreticum.** Im Obligationenrechte werde ich darauf zurückkommen. (§. §. 559. 560.)

2. Der Verpfänder darf veräußern [4]). Indessen soll nun doch der Verpfänder einer beweglichen Sache, welche Gegenstand ist eines speciellen Pfandrechtes, eines solchen jedoch, welches sich nicht etwa auf eine **Universitas rerum** bezieht, diese Sache nicht ohne Vorwissen des Pfandgläubigers veräußern, da diesem durch eine Veräußerung, von der er nicht unterrichtet ist, die Verfolgung seines Rechts erschwert wird. Handelt der Verpfänder gegen diese Bestimmung, so ist zwar darum, der richtigen Meinung nach, die Veräußerung keineswegs nichtig — aber der Verpfänder wird angesehen, als hätte er sich eines **Furti** schuldig gemacht [5]).

3. Der Pfandgläubiger hat das Recht des Verkaufs: darin eben besteht seine Sicherheit. Aber es frägt sich, ob nicht durch besondere Abrede diesem Rechte des Verkaufs der Uebergang des Eigenthums auf den Pfandgläubiger selbst substituirt werden könne: also, ob es nicht zulässig sei, bei Errichtung des Pfandrechts auszumachen, daß, wenn die Zahlung nicht zeitig erfolgt, die verpfändete Sache dem Gläubiger verfallen sein, ihm nunmehr eigenthümlich angehören soll? Eine Abredung dieser Art ist es, welche man bei dem Pfandrechte mit dem Ausdrucke **Lex commissoria** bezeichnet. Im §. 347. werden wir indessen sehen, daß eine solche Uebereinkunft unzulässig ist.

Ich komme nunmehr zweitens zu den das Pfandrecht begleitenden obligatorischen Verhältnissen. Diese sind wieder von einer doppelten Art.

3) **L. 11. §. 1. D. d. pignorib. XX, 1. L. 17. C. d. usur. IV, 32.**

4) **L. 18. §. 2. D. d. P. A. XIII, 7. L. 15. C. d. pignorib. VIII, 14. L. 12. C. d. distract. pignor. VIII, 28.**

5) **L. 19. §. ult. L. 66. (68.) pr. D. d. furt. XLVII, 2. L. 6. C. d. usucap. pro emtore. VII, 26. Conf. L. 3. C. d. servo pignori dato manumisso. VII, 8.**

Es besteht nämlich zuerst ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Pfandgläubiger auf der einen und dem Verpfänder auf der andern Seite, bei welchem der Umstand im Wesentlichen keinen Unterschied macht, ob der Verpfänder zugleich auch der Schuldner ist, oder nicht. Dieses obligatorische Verhältniß gründet sich da, wo das Pfandrecht durch Vertrag errichtet ist, auf diesen, außerdem aber auf die Analogie eines solchen Vertrages. Von diesem obligatorischen Verhältnisse nun wird in dem Obligationenrechte ausführlicher gehandelt werden (§. §. 559—561.); hier wird von dem Inhalte desselben nur dasjenige anzuführen sein, was auf den Verkauf des Pfandes Bezug hat — und das wird in den nächsten folgenden Paragraphen geschehen.

Zweitens. Findet nun aber bei einem conventionellen Pfandrechte noch ein ganz eigenthümliches obligatorisches Verhältniß Statt zwischen dem Pfandgläubiger auf der einen Seite und dem Verpfänder auf der andern Seite, inwieweit dieser zugleich der Schuldner ist. Und dieses Verhältniß beruht auf unmittelbar gesetzlicher Bestimmung. Es äußert sich in einem eigenthümlichen, dem Pfandgläubiger zustehenden Retentionsrechte. Das Nähere wird im §. 348. vorkommen.

b. Insbesondere:

α. Von dem Verkaufsrechte des Pfandgläubigers.

† DIG. XX, 5. De distractione pignorum et hypothecarum. — † COD. VIII, 28. De distractione pignorum. VIII, 29. Debitorem venditionem pignoris impedire non posse. VIII, 30. Si vendito pignore agatur. VIII, 34. De jure dominii impetrando.

§. 343.

α. Einleitung.

Die allgemeinen Bemerkungen, welche ich in diesem Paragraphen vorauszuschicken nöthig finde, sind folgende:

1. Der Pfandgläubiger kann nicht gezwungen werden zu verkaufen [1]), aber das Recht des Verkaufes ist ein so wesentli-

1) L. 6. pr. D. d. P. A. XIII, 7.

ches Stück des Pfandrechtes, daß es durch letztwillige Verfügungen und Uebereinkunft zwar modificirt, nie aber ausgeschlossen werden kann [2]).

2. Wenn der Pfandgläubiger verkauft, so handelt er nicht in eigenem Namen, sondern jederzeit in eines Andern Namen. Es fragt sich, wer ist dieser Andere? Eigentlich und zunächst ist es der Verpfänder. Der Pfandgläubiger nämlich erhält durch das Pfandrecht die Befugniß, in des Verpfänders Namen zu verkaufen. Aber diese Befugniß hat einen dinglichen Charakter. Und hieraus ergibt sich: wenn späterhin der Pfandgläubiger zum Verkauf schreitet, so muß diesen Jeder anerkennen, der den Verkauf hätte anerkennen müssen, wenn derselbe zur Zeit der Entstehung des Pfandrechtes von dem Verpfänder selbst wäre vorgenommen worden. War daher der Verpfänder zur Zeit der Entstehung des Pfandrechtes wahrer, wirklicher Eigenthümer, so wird der durch den Pfandgläubiger vorgenommene Verkauf von einem Jeden müssen anerkannt werden — mithin auch von dem gegenwärtigen Eigenthümer, dieser sei, wer er wolle, und er sei so oder anders Eigenthümer geworden. In dieser Beziehung ist es demnach so gut, wie wenn der Pfandgläubiger in des Eigenthümers Namen verkaufte, selbst wenn der Verpfänder seiner Seits aufgehört hat, Eigenthümer zu sein. — War dagegen der Verpfänder zur Zeit der Entstehung des Pfandrechts nicht wahrer, wirklicher Eigenthümer, so wird derjenige, der es in der That ist, den Verkauf nicht anzuerkennen brauchen; hier werden wir also den Verkauf im Namen des Verpfänders nicht identificiren können mit dem Verkauf im Namen des Eigenthümers [3]).

3. Der Creditor darf von seinem Verkaufsrechte nicht eher Gebrauch machen, als bis die Schuld verfallen ist, ohne daß er Befriedigung erhalten hat. Aber auch schon der geringste Rückstand ist hinreichend, den Creditor zum Verkauf zu berechtigen [4]).

2) L. 4. D. eod. L. 1. C. debitorem venditionem pignoris impedire non posse. VIII, 29.

3) §. 1. I. quib. alienare licet. II, 8. L. 29. in fin. D. familiae hercisc. X, 2.

4) L. 4. D. h. t. L. 5. L. 6. L. 8. L. 14. L. 16. C. eod.

4. Wenn das Recht des Creditors sich auf mehre Gegenstände bezieht, so hat er, Falls nicht ausdrücklich ein Anderes verabredet ist, die freie Wahl, welche Gegenstände er vorzugsweise und zuerst zum Verkauf bringen will [5]).

§. 344.

b. Verfahren vor und bei dem Verkaufe.

Ich werde zunächst die allgemeinen Grundsätze über diesen Gegenstand vortragen. Bei dem **Pignus judiciale** kommen ein paar Abweichungen vor: diese will ich zuletzt anführen:

Die Hauptstelle über das rücksichtlich des Verkaufes zu beobachtende Verfahren ist eine Constitution Justinians [1]). Der Kaiser hat in dieser zunächst nur den Fall im Auge, da durch Vertrag der Schuldner selbst dem Gläubiger ein Pfandrecht eingeräumt hat, indem dieser Fall der häufigste ist. Indessen was von diesem Falle gilt, das muß da, wo das Pfandrecht nicht gerade auf einem Vertrage beruht, und Schuldner und Verpfänder verschiedene Personen sind, analoge Anwendung finden.

Was ist es nun aber, was die obige Constitution vorschreibt?

Wenn bei Errichtung des Pfandrechtes zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger über das zu beobachtende Verfahren besondere Abrede genommen ist, so hat der Gläubiger sich daran zu halten. Und hier kommt dann nun auch die Verabredung, daß der Pfandgläubiger nicht soll verkaufen dürfen, in Betracht. Es wird diese nämlich so ausgelegt, als ob die Absicht gewesen sei, statt der gewöhnlichen, einmaligen Denuntiation, von der sogleich die Rede sein wird, eine dreimalige zu verabreden [2]). — Wo es nun aber an einer besondern Abrede fehlt, da soll, nach der Vorschrift unserer Constitution, der Gläubiger vor Allem dem Schuldner Anzeige machen, daß er das Pfand zu verkaufen beabsichtige. Dieser **Denuntiatio** setzt Justinian eine vorhandene **Sententia judicialis** gleich, jedoch ohne sich darüber zu erklären, was denn nun hier unter einer **Sententia**

5) L. 8. D. h. t.

1) L. ult. §. 1. C. de jure dominii impetr. VIII, 34.

2) L. 4. in f. D. d. P. A. XIII, 7.

judicialis eigentlich zu verstehen sei. Ohne Zweifel indessen ist damit ein richterliches Erkenntniß gemeint, welches den Schuldner verurtheilt, Zahlung zu leisten. Also: im Fall eines solchen Erkenntnisses soll es keiner weiteren Denuntiation bedürfen. Denuntiatio oder Sententia judicialis sind nun aber noch nicht hinreichend; auch wo sie erfolgt sind, darf doch der Gläubiger nicht sofort zum Verkauf schreiten; sondern er soll alsdann dem Verkaufe noch zwei Jahre Anstand geben. Dies ist vorgeschrieben über dasjenige, was der Veranstaltung des Verkaufs vorangehen muß.

Es fragt sich jetzt nach dem Verfahren bei dem Verkaufe selbst. Der Gläubiger hat hier die Wahl, ob er den Verkauf außergerichtlich oder unter gerichtlicher Autorität bewerkstelligen will. Auch bedarf es nicht, wie Einige meinen, einer Versteigerung an den Meistbietenden. — Nach vorjustinianischem Rechte war es anders. Justinian aber spricht von der **Proscriptio publica** als von etwas längst Antiquirtem, nicht mehr Ueblichem [3]). — Was die Person des Käufers betrifft; so ist die Regel diese: Käufer kann jeder sein, nur nicht der Eigenthümer, oder Gläubiger selbst, welcher den Verkauf veranstaltet. Daß der Eigenthümer ausgeschlossen ist, hat seinen natürlichen Grund darin, daß überhaupt Niemand seine eigene Sache kaufen kann [4]). Der Gläubiger aber darf um deswillen nicht kaufen, weil außerdem das Interesse des Verpfänders gefährdet werden könnte. Tritt daher der Gläubiger selbst als Käufer auf, entweder unmittelbar, oder **per subjectam personam**, so ist der Verkauf nichtig [5]). Dies zwar leidet eine Ausnahme, sobald der Gläubiger mit des Verpfänders Zustimmung die Sache käuflich annimmt [6]); desgleichen im Fall eines gerichtlichen Verkaufes [7]). Uebrigens ist der Gläubiger verpflichtet bei dem Verkaufe **bona fide** zu Werke zu gehen und sonach also auch auf den Vortheil des Verpfänders Rücksicht zu nehmen. Handelt er **fraudulenter**, so ist zwar der Verkauf, — den Fall

3) **L. ult. pr. C. d. jure dominii impetr. VIII, 34.**
4) **L. 40. pr. D. d. P. A. XIII, 7.**
5) **L. 10. C. h. t.**
6) **L. 34. D. d. P. A. XIII, 7.**
7) **Argum. L. 2. C. si in causa judicati pign. capt. sit. VIII, 23.**

abgerechnet, da der Gläubiger selbst gekauft hat, — keinesweges nichtig, aber der Gläubiger ist dem Verpfänder zum Schadensersatze verpflichtet [8]). Ja: hat der Käufer an dem **Dolus** des Gläubigers Theil genommen, so wird der Verpfänder **in subsidium** auch diesen in Anspruch nehmen können: nämlich, ist der Gläubiger nicht **solvendo**, so wird der Verpfänder von dem Käufer verlangen können, daß dieser ihm gegen Zurückgabe des Kaufpreises die gekaufte Sache herausgebe [9]).

Das Besondere bei dem s. g. **Pignus judiciale** ist Folgendes:

1. Wenn binnen zwei Monaten nach der Abpfändung keine Zahlung erfolgt, so kann der Gläubiger sofort auf den Verkauf der abgepfändeten Sachen dringen [10]).

2. Der Verkauf wird von Gerichtswegen veranstaltet [11]).

Alles Bisherige betraf das Römische Recht. Heutiges Tages wird fast in allen Fällen der Verkauf verpfändeter Sachen durch öffentliche Versteigerung, unter gerichtlicher Autorität bewerkstelligt; und dabei pflegt man sich denn an jene zweijährige Frist, während welcher in der Regel, nach Justinian's Vorschrift, dem Verkaufe Anstand gegeben werden soll, nicht zu binden [12]).

§. 345.

c. Rechtliche Folgen des Verkaufes.

Der Creditor wird durch den Verkauf verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Käufer zum Besitze der Sache gelange; zugleich aber wird er berechtiget, von dem Käufer das Kaufpretium zu fordern.

In Bezug auf jene Verpflichtung des Creditors und die Wirkungen ihrer Erfüllung ist Folgendes zu bemerken:

1. Hat der Creditor die Sache in Händen, so wird er durch Uebergabe derselben, seiner Verpflichtung ohne Weiteres genügen können. Außerdem wird er erst die **Hypothecaria actio**

8) **L. 4. L. 7. C. h. t.**
9) **L. 1. L. 3. L. 4. C. si vendito pignore agatur. VIII, 30.**
10 **L. 31. D. d. re jud. XLII, 1.**
11) **L. 2. init. C. si in causa judicati pign. capt. sit. VIII, 23.**
12) Vgl. Glück, **XIX. S. 408.**

anstellen müssen, um selbst zu der Sache zu gelangen, oder er wird wenigstens diese Klage dem Käufer cediren müssen [1]).

2. War der Verpfänder wahrer, wirklicher Eigenthümer, so wird die Tradition der Sache nunmehr den Käufer zum Eigenthümer machen [2]), und zwar für die Dauer; denn der Verpfänder hat kein Recht der Reluition d. h. der Wiedereinlösung [3]), außer wenn der Creditor ihm dieses beim Verkaufe ausdrücklich vorbehalten hat [4]), oder angenommen werden kann, daß der Käufer die Sache nur zu seiner Sicherstellung und nicht um ihrer selbst Willen, an sich gebracht hat [5]). Uebrigens gelangt der Käufer dadurch, daß er vom Pfandgläubiger gekauft hat, sogar zu einem vollständigeren Eigenthumsrechte, als wenn er von dem Eigenthümer gekauft hätte. Denn hätte er von diesem gekauft, so würde das an der Sache haftende Pfandrecht fortgedauert haben, während es nunmehr erlischt.

3. War der Verpfänder nicht wahrer, wirklicher Eigenthümer, so ist der Käufer natürlich der Gefahr der Eviction ausgesetzt. Für diese haftet jedoch, der Regel nach, der Pfandgläubiger nicht, und zwar um deswillen, weil er beim Verkaufe nicht im eignen Namen handelt [6]). Nur das kann der Käufer von ihm verlangen, daß er ihm seine Klage gegen den Verpfänder abtrete [7]). Eine Ausnahme von der Regel tritt ein, wenn der Creditor entweder sich zur Evictionsleistung eigens anheischig gemacht hat, oder die Möglichkeit der Eviction vorhersehen mußte, wie z. B. in dem Fall, da er gewußt hat, daß der Verpfänder nicht wahrer Eigenthümer gewesen [8]).

Was aber anbetrifft das Recht des Creditors auf den Kaufpreis, so hat der Empfang desselben die Wirkung, daß die

1) L. 13. D. h. t.

2) L. 4. init. D. d. P. A. XIII, 7. L. 46. D. d. A. R. D. XLI, 1. L. 15. L. 18. C. h. t.

3) L. 2. C. si antiquior creditor pign. vendiderit. VIII, 20.

4) L. 13. pr. D. d. P. A. XIII, 7. L. 7. §. 1. D. h. t.

5) Siehe L. 59. §. 1. D. mandati. XVII, 1. L. 5. §. 1. D. h. t. und L. 6. D. eod. »Cum posterior creditor a priore emit, non tam acquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa, intelligitur pecuniam dedisse, et ideo offerri ei a debitore potest.«

6) L. 10. D. h. t.

7) L. 38. D. d. evictionib. XXI, 2.

8) L. 1. L. 2. C. creditorem evictionem pignoris non debere. VIII, 46. L. 11. §. 16. D. d. A. E. V. XIX, 1.

Schuld, für welche das Pfandrecht Sicherheit gewähren sollte, insoweit aufgehoben wird, als das Kaufpretium dem Betrage derselben gleichkommt [9]). Uebersteigt der Kaufpreis die Schuld, so muß der Creditor das **Superfluum pretii**, die ὑπεροχή, an den Verpfänder herausgeben [10]).

§. 346.

d. Aushülfe für den Fall, da es an einem annehmlichen Käufer fehlt.

Hier kann der Gläubiger darauf antragen, daß ihm das Eigenthum der Sache zuerkannt werde. Vgl. §. 244. II.

Auch in dieser Beziehung findet sich bei dem s. g. **Pignus judiciale** etwas Besonderes. Für's Erste aber wollen wir auch hier bei der Regel stehen bleiben.

Das Nähere über das zu beobachtende Verfahren und über die rechtlichen Folgen enthält wieder jene Justinianische Constitution, deren ich bereits im §. 344. gedacht habe [1]). Justinian geht auch hier von der Voraussetzung eines durch Vertrag von dem Schuldner selbst constituirten Pfandrechtes aus; indessen was er darüber sagt, findet unter andern Voraussetzungen eine analoge Anwendung.

Das Verfahren, welches Justinian vorschreibt, ist folgendes:

Ist der Debitor anwesend, so hat der Creditor ihm von dem fehlgeschlagenen Erfolge Nachricht zu geben: ist er aber abwesend, so muß der Creditor bei dem Gerichte darum ansuchen, daß dem Debitor aufgegeben werde, jetzt noch innerhalb einer bestimmten Frist Zahlung zu leisten.

Befriedigt der Debitor den Gläubiger auch nunmehr nicht, so ist diesem alsdann gestattet, den Regenten um Ertheilung des Eigenthums an der verpfändeten Sache zu bitten. — Im Fall der Gewährung, wird zwar der Creditor sofort Eigenthümer. Allein bis zu dem Ablaufe zweier Jahre, von dem Tage

9) L. 9. §. 1. D. h. t. L. 10. C. d. obl. et act. IV, 10. L. 3. C. h. t.
10) L. 24. §. 2. D. d. P. A. XIII, 7. L. ult. C. h. t.
1) L. ult. §. §. 2—6. C. d. jure dominii impetrando. VIII, 34.

der ertheilten Bewilligung an, hat der Schuldner das Recht, die Sache gegen Bezahlung der Schuld und Ersatz aller Schäden von dem Gläubiger zurückzufordern. Und so wird der Gläubiger, erst mit dem Ablaufe dieser zwei Jahre, der ungestörten Fortdauer seines Eigenthums gewiß. Dieses Eigenthum erstreckt sich nun aber niemals weiter, als der Belauf der Forderung reicht, d. h. wenn die Sache mehr werth ist, als was der Creditor zu fordern hat, so ist dessen Eigenthum beschränkt auf einen, dem Betrage der Forderung angemessenen ideellen Antheil an dem Ganzen. Indessen es steht in diesem Falle bei dem Creditor, sich das ausschließliche Eigenthum des Ganzen zu verschaffen, sobald er dem Debitor den Ueberschuß des Werths herausgibt. Die hierbei erforderliche Schätzung der Sache geschieht gerichtlich.

Wir haben so eben den Fall gesetzt, daß der Werth der Sache den Betrag der Forderung übersteige. Die Sache kann aber auch weniger werth sein; und dann wird die Forderung des Gläubigers hinsichtlich des Restes fortbestehen.

Uebrigens — wenn schon dem Gläubiger das Eigenthumsrecht zuerkannt ist; dennoch steht ihm noch immer die Wahl frei, ob er sich dabei beruhigen, oder einen neuen Versuch zum Verkauf machen will. Verkauft er, so kommt Alles auf das Verhältniß der Forderung zu dem nunmehrigen Kaufpreise an; danach richtet es sich, ob die Forderung ganz, oder nur zum Theil aufgehoben ist, und, bei gänzlicher Aufhebung, ob der Gläubiger von dem Kaufpreise etwas herauszugeben hat, oder nicht.

Dies nun wäre das Allgemeine. Aber auch bei dem **Pignus in causa judicati captum** kann der Gläubiger den Regenten um Zuerkennung des Eigenthums bitten [2]), und da hat denn die Zuerkennung des Eigenthums das Besondere, daß der Gläubiger dadurch abgefunden ist, auch wenn der Werth der Sache den Betrag der Forderung nicht erreicht; der Gläubiger kann wegen des Restes den Schuldner nicht in Anspruch nehmen [3]).

2) **L. 2. C. si in causa judicati pignus captum sit. VIII, 23.**

3) **L. 15. §. 3. D. d. re judic. XLII, 1.**

Ich habe bisher immer von der Zuerkennung des Eigenthums durch den Regenten gesprochen, denn nur diesem legt das Römische Recht die Befugniß dazu bei; heutiges Tages wendet man sich an den Richter.

§. 347.

β. Von der Unzulässigkeit der Lex commissoria.

Was man bei dem Pfande unter der **Lex commissoria** verstehe, das habe ich bereits im §. 342. angegeben.

In früherer Zeit ward bei den Römern die **Lex commissoria** für zulässig geachtet. Es ist indessen nicht zu leugnen, daß sie zu großem Mißbrauch führen kann. Denken wir uns: es ist einer in Noth; er bedarf dringend einer Summe Geldes; diese will er aufnehmen; derjenige aber, von dem er sie begehrt, will sie nicht anders hergeben, als gegen ein Pfand, welches bedeutend mehr beträgt, als die darzuleihende Summe — und überdies besteht er auf der **Lex commissoria.** In der Noth wird der, welcher das Darlehn nachsucht, sich zu Allem verstehen, er wird die Hoffnung nähren, das dargeliehene Geld rechtzeitig zurückzuzahlen, und so dem Nachtheile der **Lex commissoria** ausweichen zu können. Hinterdrein aber werden sich Schwierigkeiten finden; er wird nicht zahlen können, und nun wird der habsüchtige Gläubiger sich auf seine Kosten bereichern: statt wieder zu empfangen, was er gegeben hatte, nebst den etwa verabredeten Zinsen — wird er Eigenthümer werden des Pfandes und darin weit mehr haben, als er fordern konnte. Dieser mögliche Mißbrauch veranlaßte den Kaiser Constantin den Großen, die **Lex commissoria** bei dem Pfande schlechthin zu untersagen [1]): eine solche Uebereinkunft ist nichtig. In den Reichsgesetzen finden wir dies Verbot ausdrücklich anerkannt [2]).

Durch dieses Verbot wird indessen die Zulässigkeit einer Verabredung folgenden Inhaltes nicht ausgeschlossen: Falls die

1) In **L. ult. C. d. pactis pignorum, et de lege commissoria in pignoribus rescindenda. VIII, 35.**

2) Polizeiordn. 1577. Tit. 20. §. 5.

Schuld nicht bezahlt wird, so soll das Eigenthum an dem Pfande für einen, dem Werthe desselben angemessenen Preis auf den Gläubiger käuflich übergehen. Bei einem solchen bedingten Verkaufe kann die Ermittelung des Preises bis zur Erfüllung der Bedingung ausgesetzt bleiben. Der Preis kann aber auch gleich im Voraus fest bestimmt werden [3]). — Ferner wird der Schuldner durch das Verbot der **Lex commissoria** auch nicht gehindert zur Verfallzeit dem Gläubiger die verpfändete Sache an Zahlungs-Statt zu geben: es soll so etwas nur nicht im Voraus verabredet werden. Kommt aber die Zeit der Zahlung, so hängt es ganz von dem Schuldner ab, wie er sich über die Zahlung mit dem Gläubiger einigen will [4]).

§. 348.

γ. Von dem eigenthümlichen Retentionsrechte des Pfandgläubigers.

Die Voraussetzungen für dieses Retentionsrecht sind folgende:

1. Das Pfandrecht ist ein conventionelles.
2. Verpfänder und Schuldner sind eine Person.
3. Der Gläubiger besitzt, oder detinirt das Pfand.
4. Wegen derjenigen Forderungen, für welche das Pfandrecht bestellt worden, hat der Gläubiger seine Befriedigung erhalten. Aber er hat
5. noch andere Forderungen an den Schuldner, hinsichtlich deren er nicht befriedigt ist.

Wegen dieser Forderungen nun wird der Gläubiger das Pfand nicht verkaufen dürfen: aber verlangt der Schuldner Auslieferung des Pfandes, so wird der Gläubiger diese so lange verweigern dürfen, bis ihm auch hinsichtlich jener andern Forderungen Genüge geschehen ist. Er hat also ein Retentionsrecht gegen den Schuldner, und zwar besteht das Eigenthümliche dieses Retentionsrechtes darin, daß es ausgeübt werden kann auch in Ansehung solcher Forderungen, welche gar nicht connex

3) L. 16. §. ult. D. d. pignorib. 4) L. 13. C. d. pignorib. VIII, 14. XX, 1.

sind, während sonst, wie wir im §. 131. gesehen haben, die Connexität für das Retentionsrecht eine **Conditio sine qua non** ist [1]).

Mehre Neuere beschränken das Retentionsrecht, von welchem hier die Rede ist, auf die Voraussetzung eines **Pignus** im engern Sinne; zu dieser Beschränkung ist indessen kein Grund vorhanden.

B. Von der Collision mehrer Pfandgläubiger. (§. §. 349 — 356.)

§. 349.

a. Einleitung.

Eine Collision mehrer Pfandgläubiger kann nur da vorkommen, wo eine und dieselbe Sache mehren Personen verpfändet ist. Das also gehört nicht hierher, wenn unter mehren vorhandenen Pfandrechten jedes einzelne sich auf einen besondern ideellen Theil eines und desselben Ganzen bezieht. Hier kann man nicht sagen, es sei derselbe Gegenstand Mehren verpfändet. Denn fehlt es schon an einer reellen Theilung, so ist doch eine ideelle wenigstens vorhanden. Es sind der Gegenstände hier so viele, als Theile gedacht werden, und auf jeden einzelnen Theil bezieht sich nur Ein Pfandrecht.

Ist nun aber in der That dieselbe Sache Mehren verpfändet, dasselbe Ganze als solches, so läßt sich unter diesen mehren Pfandgläubigern ein zweifaches Verhältniß denken: entweder die mehren Pfandrechte sind von gleicher Stärke, — dann haben wir ein Verhältniß der Concurrenz, — oder es ist eines stärker, als das andere. In diesem letztern Falle findet also ein Vorzug Statt des einen Pfandrechtes vor dem andern. Diesen Vorzug bezeichnet man mit dem Ausdrucke Priorität. In Beziehung auf den Gläubiger finden wir dies Verhältniß in den Quellen so ausgedrückt: **potior, potentior, prior credi-**

1) **L. un. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse. VIII, 27.** Durch den Ausdruck »**chirographaria pecunia**« soll der Gegenstand einer Forderung bezeichnet werden, für welche kein Pfandrecht bestellt ist.

tor — inferior, posterior creditor. Im Deutschen besserer, schlechterer, nachstehender Pfandgläubiger.

Fragen wir nun aber, wonach ist es zu beurtheilen, ob ein Pfandrecht vor dem andern den Vorzug hat, oder nicht, so ist im Allgemeinen die Antwort diese: es kommt auf die Zeit der Entstehung an. Nämlich die beiden Hauptregeln sind folgende:

1. Das früher entstandene Pfandrecht hat vor dem später entstandenen den Vorzug.

2. Von gleichzeitig entstandenen Pfandrechten hat an und für sich keines den Vorzug vor dem andern.

Beide Regeln sind jedoch nicht ohne Ausnahmen. Es gibt Fälle, in denen ungleichzeitige Pfandrechte von gleicher Stärke sind — und wieder kommen Fälle vor, in denen ein Pfandrecht den Vorzug hat vor dem andern, ungeachtet dieses gleichzeitig entstanden ist, oder gar früher.

Die vornehmsten Ausnahmen sind diese:

Erstens: mit gewissen Pfandrechten ist wegen der Person des Gläubigers, oder wegen der Beschaffenheit der Forderung ein eigenthümliches, auf unmittelbarer gesetzlicher Bestimmung beruhendes Vorzugsrecht verbunden, wegen dessen sie andern gleichzeitigen oder gar früher entstandenen Pfandrechten vorgehen.

Zweitens gewährt in gewissen Beziehungen die Oeffentlichkeit eines Pfandrechtes einen eigenthümlichen, von der Berücksichtigung der Zeit unabhängigen Vorzug.

Dagegen begründet der Umstand, daß etwa das eine der collidirenden Pfandrechte ein **Pignus** im engern Sinne, das andere aber eine **Hypotheca** im engern Sinne ist, keine Ausnahme [1]). Eben so wenig hat das specielle Pfandrecht als solches einen Vorzug vor dem generellen; vielmehr entscheidet auch hier die Zeit [2]). Endlich gibt im Allgemeinen auch das einem Pfandrechte keinen Vorzug, daß die dadurch versicherte Forderung, als solche, mit einem **Privilegium exigendi** verbunden ist.

Dies mag als Einleitung genügen. Das Nähere wird die weitere Ausführung ergeben, welche jetzt folgen soll.

1) **L. 12. §. 10. D. qui potiores in pignore. XX, 4.**

2) **L. 2. L. 7. §. 1. D. eod. L. 6. C. eod. VIII, 18.**

b. Von der Collision ungleich berechtigter Pfandgläubiger, oder von der Priorität. (§. §. 350—355.)

† DIG. XX, 4. Qui potiores in pignore habeantur etc. — † COD. VIII, 18. Qui potiores in pignore habeantur.

α. Bedingungen der Priorität.

a. Ueber den Vorzug der privilegirten Pfandrechte.

§. 350.

1. Einzelne Privilegien.

Privilegirte Pfandrechte haben: I. der Fiscus; II. die Ehefrau; III. derjenige, welcher sich auf eine Verwendung zum Behuf der verpfändeten Sache berufen kann.

I. Der Fiscus.

1. Das gesetzliche Pfandrecht des Fiscus wegen öffentlicher Abgaben (vergl. §. 338. I, 1.) hat vor andern, selbst älteren Pfandrechten den Vorzug [1]).

2. Dasselbe gilt von dem gesetzlichen Pfandrechte des Fiscus an dem Vermögen der Primipilaren wegen Forderungen aus der denselben anvertraueten Verwaltung; oder, wie man es gewöhnlich ausdrückt, von dem gesetzlichen Pfandrechte des Fiscus wegen einer Primipilarschuld [2]). Es ist dies etwas, wovon sich bei Forderungen des Fiscus an Kriegscommissäre und andre dergleichen Personen noch heutiges Tages Gebrauch machen läßt. Viele jedoch halten das Privilegium überhaupt für unbegründet; nicht nur diejenigen, welche sogar das dabei vorausgesetzte Pfandrecht verwerfen (vergl. §. 338. I, 2.); sondern auch Manche, welche dieses anerkennen [3]).

3. Das gesetzliche Pfandrecht des Fiscus an dem Vermögen aller übrigen Personen, die aus Verträgen seine Schuldner sind (vergl. §. 338. I, 2.), ist ebenfalls mit einem Privilegio verbunden. Vor älteren Pfandgläubigern gewährt indessen dieses Privilegium dem Fiscus keinen Vorzug [4]); es zeigt sich wirksam

1) L. 1. C. si propter publ. pensitat. IV, 46.

2) L. 3. C. d. primipilo. XII, 63.

3) z. B. v. Wening-Ingenheim, gem. Civilr. Buch II. §. 155.

4) L. 8. D. h. t. L. 22. §. 1. D. d. jure fisci. XLIX, 14.

nur im Verhältniß zu denjenigen, deren Pfandrechte mit dem Pfandrechte des Fiscus gleichzeitig entstanden sind. In Bezug nun auf dasjenige Vermögen, welches der Schuldner schon zur Zeit des eingegangenen Vertrages besitzt, wird die gleichzeitige Entstehung eines anderweitigen Pfandrechtes so leicht nicht vorkommen. Desto häufiger dagegen wird es geschehen, daß an demjenigen, was der Schuldner erst später erwirbt, mit dem Fiscus zugleich auch Andre ein Pfandrecht erlangen; denn bei solchem späteren Erwerbe ist für Alle, die an dem Vermögen des Schuldners schon früher eine General-Hypothek hatten, der Anfang des Pfandrechtes derselbe; das Pfandrecht beginnt nämlich erst mit dem Augenblick, da die zu erwerbenden Gegenstände in das Vermögen des Schuldners übergehen. (S. §. §. 335. 337.) Hieraus ist es zu erklären, daß Ulpian in der **L. 28. D. d. jure fisci. XLIX, 14.** sich so äußert:

»Si, qui mihi obligaverat, quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse; quod et constitutum est: praevenit enim causam pignoris fiscus.«

Ulpian will nicht, wie seine Worte gewöhnlich verstanden werden, dies sagen, das Privilegium des Fiscus sei schon an sich auf die nach dem Contract erworbenen Güter beschränkt; sondern er hebt nur, indem er dieser Güter grade erwähnt, die am meisten praktische Seite des Privilegii hervor. Die unter den neueren Rechtsgelehrten viel besprochenen Schlußworte der Stelle sind so zu verstehen: Der Fiscus ist mir, was das Pfandrecht an dem späteren Erwerbe betrifft, mittelst seines Privilegii zuvorgekommen.

So entschieden nun aber auch aus dieser Stelle das Privilegium des Fiscus hervorgeht, und so allgemein der Gerichtsgebrauch in dem nach dem Contract erworbenen Vermögen des Schuldners den Vorzug des Fiscus anerkennt; so stellen doch einige Rechtsgelehrte [5]) die gesetzliche Begründung des Privilegii in

5) Vergl. Glück, **XIX.** S. **249.** folg.

Abrede. — Namentlich wird als widerstreitend angeführt **L. 2. C. d. privilegio fisci. VII, 73.**

(Imp. Antoninus Valerianae): »Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus, tamen si prius, quam res ejus tibi obligarentur, cum fisco contraxit, jus fisci causam tuam praevenit. Quod-si post bonorum ejus obligationem rationibus meis coepit esse obligatus, in ejus bona cessat privilegium fisci.«

Dieses Rescript des Caracalla betrifft die Collision des gesetzlichen Pfandrechtes, von dem hier die Rede ist, mit einem der Ehefrau des Schuldners, ihrer Dos halber, vertragsmäßig verliehenen Pfandrechte; ein gesetzliches Pfandrecht hatte die Frau damals noch nicht. Die Entscheidung geht dahin: Hat der Mann die Schuld gegen den Fiscus früher schon contrahirt, vor der Verpfändung wegen der Dos, so hat der Fiscus den Vorzug; ist dagegen der Mann des Fiscus Schuldner erst später geworden, so fällt das Privilegium des Fiscus weg (»**cessat privilegium fisci**«). Das ist der Inhalt der Stelle. Offenbar aber widerstreitet dieser der Annahme eines Privilegii so wenig, daß er vielmehr das Vorhandensein desselben auf das Entschiedenste voraussetzt. Nur die Beschaffenheit des Privilegii geht aus der Stelle nicht mit Bestimmtheit hervor; insbesondere läßt der Schluß es ungewiß, wie eigentlich das Wegfallen des Privilegii zu verstehen sei. Diese Ungewißheit wird indessen durch die vorerwähnte Stelle des Ulpian gehoben. — Eine andere Stelle, auf die man sich beruft, ist die aus den Digesten des Cervidius Scävola entlehnte **L. 21. pr. D. h. t.**, welche so lautet:

»Titius Sejae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus fuerat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset: postea, mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Sejae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit. Quaesitum est, an Seja praeferenda sit

fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit; item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisiit, donec universum debitum suum consequatur. Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda.«

Hier nun wird offenbar der Fiscus, auch hinsichtlich des späteren Erwerbes, der durch eine frühere General-Hypothek gesicherten Seja nachgesetzt; und so scheint denn nun allerdings auf den ersten Blick diese Stelle mit der des Ulpian in geradem Widerspruche zu stehen. Eine nähere Prüfung führt indessen zu einem ganz andern Resultate. Zunächst kommt es darauf an, die Stelle des Scävola in ihrer ursprünglichen Bedeutung aufzufassen, in dem Sinne also, in welchem sie von Scävola geschrieben ist. Mit den Thatsachen, welche der Jurist voraussetzt, verhält es sich so: Titius, welcher der Seja, wegen der über sie geführten Tutel, zu einer Summe Geldes verurtheilt ist, bestellt derselben, da nach dem Recht zur Zeit des Scävola Pupillen an dem Vermögen ihrer Tutoren noch kein gesetzliches Pfandrecht hatten, vertragsmäßig eine General-Hypothek, in welche er ausdrücklich auch sein künftiges Vermögen einschließt, was sich denn wieder aus dem Rechte der Zeit erklärt, in welcher die Stelle geschrieben ist; damals nämlich umfaßte eine vertragsmäßige Verpfändung des ganzen Vermögens den künftigen Erwerb nur dann, wenn dieses eigens ausgemacht war. Nach diesen die Seja betreffenden Vorgängen nimmt Titius von dem Fiscus ein Darlehn auf. Nach späterem Rechte wäre der Fiscus durch ein gesetzliches Pfandrecht gesichert gewesen; damals aber hatte er ein solches noch nicht, wie aus unserer Stelle selbst hervorgeht, indem es sonst keiner vertragsmäßigen Verpfändung bedurft hätte; eine solche aber wird ausdrücklich vorausgesetzt: Titius verpfändet auch dem Fiscus sein gesammtes Vermögen, jedoch ohne dabei des künftigen Erwerbes zu erwähnen; der Fiscus erhält also nur an dem zur Zeit der Verpfändung vorhandenen Vermögen ein Pfandrecht. In der Folge trägt Titius einen Theil der Schuld, in welcher er gegen die Seja steht, ab; wegen des Restes nimmt er eine Novation vor, indem er sich zur

Zahlung desselben durch Stipulation anheischig macht; dabei bedingt sich jedoch die Seja eigens aus, daß die ihr früher bestellte Hypothek auf die neue Schuld übergehe. So verhält es sich mit den, in der Stelle bezeichneten Thatsachen. Diese geben nun aber Veranlassung zu der Frage, in welchem Verhältnisse die Seja zum Fiscus stehe; ob sie verlangen könne, vor ihm für voll befriediget zu werden; namentlich, ob sie ihm vorgehe in dem Vermögen, welches Titius schon zur Zeit der ersten Verpfändung besaß; desgleichen, ob sie ihm vorgehe in dem seit jener Verpfändung erworbenen Vermögen. Alle diese Fragen bejaht der Jurist. Die Motive seiner Entscheidung gibt er nicht an; sie können aber keine andere gewesen sein, als diese: Da die Seja sich bei der erfolgten Novation ihr früheres Pfandrecht vorbehalten hat (vergl. §. 341.), so muß, in Bezug auf den Rest ihrer Forderung, ihr Verhältniß zum Fiscus ganz eben so beurtheilt werden, wie wenn keine Novation vorgenommen wäre. Es kommt ihr daher in allem demjenigen, was sowohl ihr, als dem Fiscus verpfändet ist, die ursprünglich frühere Entstehung ihres Pfandrechtes zu Statten; aus diesem Grunde geht sie dem Fiscus vor nicht nur in demjenigen, was Titius schon zur Zeit der ersten Verpfändung besessen, sondern auch in demjenigen, was er von da an bis zur Verpfändung seines Vermögens an den Fiscus hinzu erworben hat. Was aber den Erwerb seit der Verpfändung an den Fiscus betrifft, so hat der Fiscus an diesem gar kein Pfandrecht, da die ihm bestellte Hypothek das künftige Vermögen nicht mit umfaßt; vielmehr ist dieser Erwerb bloß der Seja verpfändet. Und so kann also die Seja schlechthin verlangen, vor dem Fiscus befriediget zu werden. Dies ist die urspüngliche Bedeutung der Stelle. Zugleich liegt nun aber auch klar vor, daß die Stelle in diesem ihrem ursprünglichen Sinne gegen das bestrittene Privilegium des Fiscus nicht das Mindeste beweis't; denn sie spricht ja gar nicht von dem gesetzlichen Pfandrechte des Fiscus; ein solches gab es damals noch gar nicht, und so konnte denn auch natürlich von keinem damit verbundenen Privilegio die Rede sein.

Es bleibt also nur noch die Frage übrig, ob nicht etwa die Stelle in der Bedeutung wenigstens, welche sie für das Justinianische Recht hat, gegen das Privilegium des Fiscus beweise. Aber auch diese Frage muß verneint werden. Denn unter den factischen Voraussetzungen, worauf die Entscheidung des Juristen gebaut ist, hat für das Justinianische Recht nur Eine noch praktisches Interesse; das ist die Voraussetzung eines Vorbehaltes der früheren Hypothek bei später vorgenommener Novation. Daher kann denn nun auch die in der Stelle enthaltene Entscheidung nur noch in dieser Beziehung für praktisch gelten; nur insoweit also, als daraus hervorgeht, daß ein solcher Vorbehalt dem Gläubiger die dem früheren Pfandrechte zukommende Priorität sichert. In allen übrigen Beziehungen hat die Stelle, gleich so vielen andern, nur noch eine historische Bedeutung.

II. Die Ehefrau.

Das gesetzliche Pfandrecht, welches Justinian der Ehefrau in Bezug auf die Restitution der Dos verliehen hat (s. §. 338. II, 1.), ist zugleich ein privilegirtes [6]). Die Frau geht in Folge dieses Privilegii anderen, selbst früheren Pfandrechten vor, ohne daß dabei die Art der Entstehung einen Unterschied machte. Es ist etwas rein Willkürliches, wenn einige Neuere ein Vorzugsrecht der Frau nur insofern anerkennen wollen, als die früheren Pfandrechte gesetzliche Pfandrechte sind [7]). Das Privilegium bezieht sich übrigens nicht bloß auf die ursprüngliche Dos, sondern auch auf die spätere Vermehrung derselben; jedoch soll es, nach ausdrücklicher Vorschrift der Nov. 97. c. 2., auf die Vermehrung des Brautschatzes nur dann Anwendung finden, wenn diese in Grundstücken besteht, oder der Mann zur Zeit der erfolgten Vermehrung schuldenfrei war, und dadurch jeder Verdacht eines bloß scheinbaren, auf Uebervortheilung anderer Gläubiger berechneten Geschäftes entfernt wird. Etwas ganz Besonderes bei diesem Privilegio (nicht bei dem Pfandrechte selbst) besteht darin, daß es streng an die Person gebunden ist [8]). Es geht also auf

6) L. 12. §. 1. C. h. t. Nov. 97. c. 2. et 3. Nov. 109. c. 1.

7) S. hierüber Glück, XIX. S. 271. folg.

8) §. 29. I. d. actionib. IV, 6. Nov. 61. c. 1. in f.

die Erben der Frau nicht über. Diese Bestimmung leidet jedoch Eine Ausnahme: Wird die Frau von ihren Descendenten beerbt, so können auch diese das Privilegium geltend machen [9]). Mehre Neuere [10]) sind indessen der Meinung, daß das Privilegium den Descendenten der Frau nur gegen ihre etwaige Stiefmutter zu Statten komme, nicht auch gegen andere Pfandgläubiger. Das Unrichtige dieser Ansicht hat u. A. nachgewiesen Glück [11]).

Die übrigen gesetzlichen Hypotheken der Ehefrau (s. §. 338. II, 2. 3.) sind nicht privilegirt; namentlich ist diejenige, welche sie in Betreff der **Propter nuptias donatio** hat, mit keinem Privilegio verbunden [12]).

III. Derjenige, welcher sich auf eine Verwendung zum Behuf der verpfändeten Sache berufen kann,

hat, sein Pfandrecht sei durch das Gesetz, oder auf andre Weise begründet, vor andern Pfandgläubigern, auch wenn ihre Pfandrechte von früherer Entstehung sind, den Vorzug.

Schon in der Bezeichnung dieses Privilegii liegt die Hinweisung auf ein eigenthümliches Verhältniß zwischen der durch das Pfandrecht sicher gestellten Forderung und dem Gegenstande des Pfandrechtes. Dieses Verhältniß kann von zwiefacher Art sein.

Erstens: Der Forderung des Pfandgläubigers kann eine Leistung zum Grunde liegen, welche zur Erhaltung, Instandsetzung, Wiederherstellung der verpfändeten Sache gedient hat. Man mag dann von der Leistung des Gläubigers sagen, **eam salvam fecisse totius pignoris causam**; ohne sie würde das Pfand für die übrigen Pfandgläubiger keinen, oder nur einen geringen Werth haben; und eben deshalb ist es billig, demjenigen, welcher sie beschafft hat, den Vorzug einzuräumen [13]). Hierher gehört der Fall, da Jemand zum Wieder-

9) cit. L. 12. §. 1. in f. C. h. t. Nov. 91. praef. et c. 1.

10) z. B. v. Wening-Ingenheim, gem. Civilr. (3te Aufl.) Buch II. §. 156. [in der 5ten Aufl. ist diese Ansicht geändert, und die hier vertheidigte angenommen.]

11) a. a. O. S. 278. folg.

12) L. 12. §. 2. C. h. t. cit. Nov. 97. c. 3. in f. cit. Nov. 109. c. 1.

13) L. 5. L. 6. D. h. t. Nov. 97. c. 3.

aufbau eines Gebäudes Geld dargeliehen hat; sein gesetzliches Pfandrecht (s. §. 339. I.) ist zugleich ein privilegirtes. Aber auch, wer zum Wiederaufbau eines Gebäudes Baumaterial oder Arbeit geleistet hat, kann auf das Privilegium Anspruch machen, sobald er sich an dem Gebäude ein Pfandrecht eigens hat bestellen lassen. Dasselbe gilt von demjenigen, der etwas geleistet hat zur Ausbesserung oder Ausrüstung eines Schiffes, oder zur Erhaltung oder Wiederherstellung irgend einer andern Sache. Hat er sich an dem Gegenstande, für welchen seine Leistung verwandt ist, ein Pfandrecht ausbedungen, so ist dieses privilegirt. (Vergl. §. 339. I, 6.)

Zweitens: Es kann sein, daß mit des Pfandgläubigers Gelde die verpfändete Sache angeschafft ist. Hier läßt sich sagen: Alle übrigen Pfandrechte, wobei der neue Erwerber als Verpfänder gedacht werden soll, sind erst durch die Anschaffung der Sache möglich geworden, und deshalb verdient derjenige, dessen Geld auf die Anschaffung verwandt ist, den Vorzug [14]). Aus diesem Grunde des Vorzuges ergibt sich nun aber auch von selbst, daß das Privilegium sich nur gegen diejenigen Pfandgläubiger wirksam erweisen kann, welche von dem neuen Erwerber ihr Recht ableiten, nicht gegen diejenigen, deren Pfandrechte sich aus der Zeit des früheren Eigenthümers herschreiben. Was die einzelnen hierher gehörigen Fälle betrifft, so ist dahin von den gesetzlichen Pfandrechten das Pfandrecht des Pupillen an den mit seinem Gelde erkauften Sachen zu rechnen [15]). (Vgl. §. 339. II.) Am häufigsten aber wird das Privilegium bei willkürlichen Pfandrechten zur Anwendung kommen. So z. B. wenn Jemand zum Neubau eines Hauses, gegen Verpfändung desselben, Geld dargeliehen hat. So ferner, wenn Jemand zum Ankauf einer Sache Geld hergegeben und sich an dieser Sache ein Pfandrecht hat bestellen lassen. Es gilt dies auch in Bezug auf unkörperliche Sachen; namentlich von dem Falle, da Jemand sich eine mit seinem Gelde erkaufte Militia (vergl. §. 340. 6.) hat verpfänden lassen [16]).

14) L. 7. C. h. t. cit. Nov. 97. c. 3.
15) L. 7. pr. D. h. t.
16) Nov. 97. c. 4.

Uebrigens bringt die Natur der Sache es mit sich, daß das Privilegium, von welchem hier die Rede ist, der einzelne Fall, in dem es zur Anwendung kommen soll, mag unter die erste, oder unter die zweite Rubrik gehören, an die Voraussetzung wirklicher Verwendung geknüpft ist. Darauf weisen denn auch die bisher angeführten Stellen sehr bestimmt hin. So heißt es in der L. 5. D. h. t.

»Posterior potior est priori . . si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit.«

So in der L. 7. C. h. t.

»Eum, cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferri« u. s. w.

Immerhin mag daher z. B. bei Contrahirung eines Gelddarlehns der Zweck der gewesen sein, daß das Geld auf die Ausbesserung, Wiederherstellung, Anschaffung des Pfandes verwandt werden solle; ist die Verwendung nicht wirklich erfolgt, so fällt das Privilegium weg. Vgl. §. 339. I, 6.

Die Praxis dehnt das Privilegium desjenigen, der zur Anschaffung einer Sache Geld vorgeschossen hat, auf den Verkäufer aus, welcher den Kaufpreis creditirt und sich deshalb an der verkauften Sache ein Pfandrecht vorbehalten hat [17]).

§. 351.

2. Rangordnung der Privilegien.

Die im vorigen Paragraphen angeführten Privilegien sind nicht von gleicher Stärke. Es fragt sich daher nach der unter ihnen geltenden Rangordnung.

1. Obenan steht das Privilegium des Fiscus wegen der öffentlichen Abgaben [1]), und wegen der Primipilarschuld [2]). Die angeführten Stellen nämlich ergeben, daß der Fiscus hinsichtlich der gedachten Forderungen selbst der Ehefrau vorgeht, die sonst, nach dem Rechte des Coder, Niemanden nachsteht.

17) S. Glück, XIX. S. 311. folg.

1) L. 1. C. si propter publ. pensitat. IV, 46.

2) L. 3. C. d. primipilo. XII, 63.

2. Die zweite Stelle gebührt demjenigen, welcher durch den ausdrücklichen Inhalt eines förmlichen von Zeugen unterschriebenen Instumentes darzuthun vermag, daß er zum Ankauf einer Militia creditirt, und sich dafür nicht nur ein Pfandrecht an dieser, sondern auch ein Vorzugsrecht vor andern Gläubigern ausbedungen habe. Ein Solcher soll, nach der Nov. 97. c. 4., gegen die im Codex aufgestellte Regel, in der Militia, der Ehefrau vorgehen. Allein, daß er auch dem Fiscus, inwieweit dieser Abgaben zu fordern, oder eine Primipilarschuld beizutreiben hat, vorgehen solle, davon sagt die Novelle nichts; mithin ist ihm seine Stelle zwischen dem Fiscus und der Ehefrau anzuweisen.

3. Dieser, der Ehefrau, kommt hinsichtlich der Dos die dritte Stelle zu. Denn nach der L. 12. §. 1. C. h. t. geht die Ehefrau allen übrigen Gläubigern des Mannes vor — inwieweit Ausnahmen nicht besonders nachgewiesen werden können; dies Letztere aber ist der Fall nur bei den vorhin bezeichneten Pfandrechten.

4. An die vierte Stelle gehören diejenigen, welche sich auf eine Verwendung zum Behuf der verpfändeten Sache berufen können, ohne die besondern unter 2. angeführten Voraussetzungen für sich zu haben. Daß sie der Ehefrau nachstehen sollen, ist in der Nov. 97. c. 3. et 4. ausdrücklich vorgeschrieben.

5. Die fünfte und letzte Stelle nimmt der Fiscus in Ansehung gewöhnlicher Contractsansprüche ein. Nämlich: da der Fiscus schon dem einfachen Pfandgläubiger nachsteht, sobald dieser den Vorzug der Zeit für sich hat (s. d. vorig. §. I, 3.), so muß er natürlich auch allen denjenigen weichen, welche, wegen der ihnen zustehenden Privilegien, ein noch stärkeres Recht haben, als der einfache frühere Pfandgläubiger; dahin aber gehören alle übrigen privilegirten Pfandgläubiger.

Die von der hier entwickelten Ansicht abweichenden Vorstellungen betreffen vornämlich folgende Punkte:

a. Das Privilegium des Fiscus wegen der Abgaben soll, nach

der Meinung Einiger [3]), nur einen Vorzug vor andern einfachen, nicht aber vor andern privilegirten Pfandrechten gewähren.

b. Dasselbe behaupten Manche [4]) von dem Privilegio der Ehefrau.

c. Dem Privilegio des Fiscus bei Forderungen aus Contracten weisen Viele [5]) denselben Platz an, wie dem Privilegio wegen der Abgaben. Andere [6]), zeichnen es in der Stellung überhaupt gar nicht aus. Daß diejenigen, welche das Privilegium des Fiscus wegen der Primipilarschuld ganz und gar läugnen (s. d. vorig. §. I, 2.), auch bei der Rangordnung keine Rücksich darauf nehmen, versteht sich von selbst.

§. 352.

b. Ueber den Vorzug der öffentlichen Pfandrechte.

Wenn mehre vertragsmäßige Pfandrechte mit einander collidiren, und zwar solche, über deren Errichtung Urkunden aufgenommen sind, so soll das Pfandrecht, für welches ein **Instrumentum publicum** oder **quasi publicum** beigebracht werden kann, vor demjenigen, welches nur auf einem **Instrumentum privatum** beruht, den Vorzug haben, wenn schon dieses letztere gleichzeitig, oder gar älter sein mag. Dieser Vorzug beruht auf einer Constitution des Kaisers Leo aus dem Jahre 469. n. Chr. [1]).

Mehr als ich eben angegeben habe, steht in dieser Constitution nicht. Der Vorzug, welchen das Vorhandensein eines **Instrumentum publicum** oder **quasi publicum** gewähren kann, ist daher beschränkt auf die Collision gewisser Pfandrechte. Dieser Umstand aber führt zu der Frage: Wie ist die Constitution des Kaisers Leo anzuwenden, wenn Pfandrechte, welche darunter begriffen sind, mit andern darunter nicht begriffenen collidiren? Als Princip ist hier anzunehmen: Das gegenseitige

3) z. B. Meißner's, in seiner Schrift v. stillschweig. Pfandr. §. 99.

4) u. A. Meißner, a. a. O. §. 174.

5) S. Glück, XIX. S. 342.

6) Wie v. Wening-Ingenheim, gem. Civilr. (3te Aufl.) Buch II. §. 158. [in der 5ten Ausg. ist dasselbe indessen, wie hier, an die letzte Stelle gesetzt.]

1) **L. 11. C. h. t.**

Verhältniß derer, deren Pfandrechte den Bestimmungen der Constitution unterliegen, bestimmt sich, wie wenn die übrigen nicht vorhanden wären. Diese aber dürfen darunter nicht leiden.

Um dies durch ein Beispiel zu erläutern: Angenommen, dem A. wird eine Sache für eine Forderung von Tausend vertragsmäßig verpfändet; es ist darüber auch eine Urkunde vorhanden, aber eine bloße Privaturkunde. Später erwirbt an derselben Sache wegen einer Forderung von Zwölfhundert B. ein Pfandrecht, jedoch kein vertragsmäßiges; oder es fehlt wenigstens an einer Urkunde. In einer noch späteren Zeit läßt, wieder an derselben Sache, wegen einer Forderung von Achthundert C. sich vertragsmäßig ein Pfandrecht bestellen, und zwar mittelst einer öffentlichen Urkunde. Von den hier vorausgesetzten drei Pfandrechten fallen unter die Bestimmungen der Constitution nur zwei, die Pfandrechte des A. und des C.; das Pfandrecht des B. ist nicht darunter begriffen. Daher ist nun zwar das Verhältniß zwischen A. und C. ganz eben so zu bestimmen, wie wenn das Pfandrecht des B. nicht vorhanden wäre; aber es darf dies dem B. auf keine Weise zum Nachtheil gereichen. Der Erfolg wird also bloß der sein, daß A. und C. für den Werth der dem letzteren zustehenden Forderung ihre Stellen vertauschen, während im Uebrigen Alles so bleibt, wie die Ordnung der Zeit es mit sich bringt. Diesem gemäß nehmen die erste Stelle ein für Achthundert C., für Zweihundert A.; die zweite Stelle hat für Zwölfhundert B.; die dritte für Achthundert A.

So verhält es sich nach der richtigen Ansicht. Viele geben indessen der mehrerwähnten Constitution eine viel weitere Ausdehnung. Diejenigen, welche hierin am consequentesten sind, sagen so: Oeffentliche Pfandrechte haben vor den nicht öffentlichen, vor den Privatpfandrechten, den Vorzug. Ein öffentliches Pfandrecht aber ist jedes, dessen Dasein durch ein **Instrumentum publicum** oder durch ein **Instrumentum quasi publicum** dargethan werden kann, gleichviel, ob es ein conventionelles ist, oder ein testamentarisches, oder gesetzliches, u. s. w. Und dagegen ist jedes Pfandrecht, für welches nur eine Privat-

urkunde oder überall gar keine Urkunde beigebracht werden kann, ein Privatpfandrecht. Aber, wenn schon diese Ansicht an sich consequent ist, so hat sie doch keinen gesetzlichen Grund.

Was ich hier gesagt habe, bezieht sich auf das gemeine Recht. Nach Deutschem Particularrechte versteht man häufig unter öffentlichen Hypotheken solche und nur solche, welche vor Gericht bestellt und vom Richter bestätiget worden sind — während man jedes andere Pfandrecht ein Privatpfandrecht nennt. Diese eigenthümliche Bestimmung des Begriffes ist denn natürlicher Weise auch von Einfluß auf das Vorzugsrecht, von welchem hier die Rede ist.

§. 353.

c. Ueber den Vorzug, welchen die Zeit der Entstehung gewährt.

Schon im §. 349. habe ich bemerkt: die Regel ist, das frühere Pfandrecht hat vor dem späteren den Vorzug [1]). Man pflegt diese Regel so auszudrücken: »**Praevalet jure, qui praevenit tempore**«; wie auch folgender Maaßen: »**Qui prior est tempore, potior est jure.**«

Die Hauptausnahmen von dieser Regel haben wir bereits kennen gelernt. Aber es kommen auch noch einige andere, minder bedeutende, Ausnahmen vor. Diese sind jetzt anzugeben:

1. Die erste dieser Ausnahmen findet Statt in dem Falle, da die miteinander collidirenden Pfandgläubiger in der Lage sind, daß keiner ein ganz vollgültiges Pfandrecht hat, indem jeder Einzelne unter ihnen sein Pfandrecht nicht von einem wahren, wirklichen Eigenthümer, sondern nur von einem **Bonae fidei possessor** ableitet. Wenn in einem solchen Falle die collidirenden Pfandrechte von verschiedenen **Bonae fidei possessoribus** herrühren, so wird auf die Zeit der Entstehung keine Rücksicht genommen: die mehren Pfandrechte sind unter sich von glei-

1) L. 2. C. h. t.: »..... Nam cum de pignore utraque pars contendit, praevalet jure, qui praevenit tempore.« L. 4. C. eod.: »..... sicut prior es tempore, ita potior es jure.« L. 7. L. 8. C. eod.

cher Stärke [2]). Denken wir uns also, der Eine hat sein Pfandrecht von dem A., der Andere von dem B. Beide, A. und B., sind nur **Bonae fidei possessores.** Hier wird die Zeit der Entstehung nicht beachtet. Immerhin mag das Pfandrecht, welches A. bestellt hat, von früherer Entstehung sein, als das von B. bestellte — es wird darum doch vor diesem keinen Vorzug haben, sondern beide Pfandrechte werden von gleicher Stärke sein. Aber dies ist nun auch eine wesentliche Bedingung, daß die Pfandrechte von verschiedenen **Non dominis** herrühren müssen. Sind sie von einem und demselben **Non dominus** bestellt, so gibt die Zeit allerdings einen Vorzug.

2. Die zweite Ausnahme bezieht sich auf den Fall, da eine Mehrzahl von Personen, mittelst einer **In possessionem missio,** ein **Practorium pignus** erlangt hat. Dabei nun kommt zunächst in Betracht das Verhältniß der mehren **Missi** zu dritten Personen d. h. hier, zu solchen Pfandgläubigern, deren Pfandrechte einen andern Entstehungsgrund haben. Dieses Verhältniß richtet sich, im Ganzen, nach den allgemeinen Grundsätzen [3]). Ich sage im Ganzen. Nämlich bei Einer Art der **Missio** findet allerdings eine Abweichung Statt von den allgemeinen Grundsätzen, ich meine die **Missio rei servandae causa;** diejenige also, welche darauf abzweckt, dem **Missus** aus dem Vermögen seines Schuldners Befriedigung zu verschaffen, oder doch der Gefahr einer Verminderung dieses Vermögens vorzubeugen. Ich erinnere an den §. 194. Hier gilt die von Einem Betheiligten ausgewirkte **Missio** zugleich für alle übrigen, und so kommt denn auch die Apprehension des Einen den übrigen mit zu Gute, dergestalt, daß sich von der ersten Apprehension das Pfandrecht für Alle datirt [4]).

Was nun aber ferner betrifft das Verhältniß der mehren **Missi unter einander,** so werden die Pfandrechte derselben,

2) **L. 14. D. h. t.** »Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.«

3) **L. 3. C. ut in poss. legator. v. fideicommissor. etc. VI, 54.** cit. **L. 2. C. h. t.**

4) **L. 12. pr. D. d. reb. auctor. judicis possidend. etc. XLII, 5. L. 5. §. 2. D. ut in possess. legator. etc. XXXVI, 4.**

der Ungleichzeitigkeit der Apprehension ungeachtet, dennoch als Pfandrechte von gleicher Stärke behandelt, und zwar nicht bloß bei der **Missio rei servandae causa**, sondern bei jeder Missio [5]).

3. Es gibt aber noch eine dritte Ausnahme, nämlich bei der Collision mehrer solcher Pfandrechte, denen eine Verwendung der verpfändeten Sache zum Grunde liegt; wie wenn die mehren Pfandgläubiger insgesammt, aber zu verschiedenen Zeiten, Geld zur Instandhaltung der Sache dargeliehen haben. Hier hat im geraden Gegensatze gegen die Regel der jüngere Pfandgläubiger den Vorzug vor dem älteren. Es beruht dies auf Grundsätzen, über welche der dritte Abschnitt des §. 350. Auskunft gibt.

§. 351.

d. Ueber das gegenseitige Verhältniß der verschiedenen Gründe der Priorität.

Drei Fragen sind hier zu beantworten:

Erstens: Wie verhält sich der Vorzug, welchen ein Privilegium gewährt, zu demjenigen, der auf der Oeffentlichkeit des Pfandrechtes beruht?

Die richtige Antwort ist diese: Der Vorzug der Oeffentlichkeit ist demjenigen, welcher sich aus einem Privilegio herschreibt, untergeordnet. Nie also kann es geschehen, daß ein einfaches Pfandrecht, darum, weil es ein öffentliches ist, einem privilegirten vorgezogen würde; und eben so wenig kann je ein minder privilegirtes Pfandrecht der Oeffentlichkeit halber über ein stärker privilegirtes gesetzt werden. Wohl aber kommt die Oeffentlichkeit in Betracht, da, wo gleich privilegirte Pfandrechte miteinander collidiren. Dies ist die allein richtige Ansicht. Es fehlt aber nicht an abweichenden Ansichten. Die Einen räumen der Oeffentlichkeit mehr ein, indem sie behaupten, ein einfaches öffentliches Pfandrecht habe den Vorzug vor einem privilegirten Privatpfandrechte. Andere dagegen sind umgekehrt der Meinung, daß die Oeffentlichkeit bei privilegirten Pfandrechten überall gar nicht in Betracht komme.

5) L. 10. pr. C. d. bonis auctorit. judicis etc. VII, 72. L. 5. §. 3. D. ut in possess. legator. etc. XXXVI, 4.

Zweitens: Wie verhält sich der Vorzug wegen eines Privilegium zu dem Vorzuge, welchen die Zeit gewährt?

Letzterer, der Vorzug des Privilegii, überwiegt den Vorzug der Zeit; dieser kommt nur in Betracht bei gleich privilegirten Pfandrechten [1]).

Drittens: Wie verhält sich der Vorzug wegen der Oeffentlichkeit zu dem Vorzuge wegen der Zeit?

Unter mehren Pfandrechten, welche sämmtlich mit dem Vorzug der Oeffentlichkeit begabt sind, entscheidet die Zeit [2]); nicht aber in dem Fall, da ein öffentliches Pfandrecht mit einem Privatpfandrechte collidirt.

Aus den auf die zweite und dritte Frage ertheilten Antworten ergibt sich, daß der Vorzug, den ein Privilegium oder die Oeffentlichkeit eines Pfandrechts gewährt, stärker ist, als der Vorzug der Zeit. Viele indessen sind der Meinung, daß dieses doch nicht so allgemein gesagt werden könne. Sie behaupten nämlich Folgendes: Wenn ich eine Sache erwerbe, die früher einem Andern gehört hat, und die, während sie diesem Andern gehörte, Gegenstand von Pfandrechten geworden ist; so gehen diese Pfandrechte allen denjenigen vor, deren Gegenstand die Sache bei mir wird, wenn schon diese letzteren den Vorzug eines Privilegium oder den Vorzug der Oeffentlichkeit für sich haben mögen. Also, um den Satz allgemein zu fassen: die Pfandrechte aus der Zeit des frühern Eigenthümers haben einen absoluten Vorzug vor den Pfandrechten aus der Zeit des spätern Eigenthümers.

Dies ist nun insofern allerdings richtig, als ja überhaupt der Regel nach, das frühere Pfandrecht dem späteren vorgeht. Aber es ist falsch, sobald das von dem spätern Eigenthümer bestellte Pfandrecht ein qualificirtes ist, oder ein solches, dem der Vorzug der Oeffentlichkeit zur Seite steht. Die Gründe, welche man dafür anführt, sind diese:

1. Niemand könne mehr Recht geben, als er habe. — Aber diese Regel ist hier nicht anwendbar. Denn sonst müßte man

1) L. 12. §. 1. in f. C. h. t. 2) Nov. 91. c. 1.

auch sagen: wenn derjenige selbst, welcher dem A. ein Pfandrecht ertheilt hat, später dem B. ein Pfandrecht einräumt — so kann dieses letzte dem des A. niemals vorgehen. Das wäre aber offenbar falsch; es wäre damit die ganze Lehre von dem Vorzuge der privilegirten und der öffentlichen Pfandrechte aufgehoben.

2. Nach der **L. 15. C. de pignoribus VIII, 14.** könne der Verpfänder durch Veräußerung der verpfändeten Sache die Lage des Pfandgläubigers nicht verschlimmern. — Aber auch diese Stelle beweis't nichts. Denn durch die Veräußerung wird ja hier die Lage des Pfandgläubigers ganz und gar nicht verschlimmert; eben deshalb weil auch bei dem frühern Eigenthümer spätere, mit einem Vorzug versehene Pfandrechte entstehen konnten.

Also der Satz, daß das von dem frühern Eigenthümer errichtete Pfandrecht den von dem spätern verliehenen jederzeit vorginge, ist der Theorie nach unrichtig, in der Praxis aber ist sie angenommen [3]).

Nach allem Bisherigen werden wir nun bei Bestimmung der Rangordnung unter mehren collidirenden Pfandrechten folgende Norm des Verfahrens zu beobachten haben:

Oben an werden wir, der Praxis zu Folge, die Pfandrechte aus der Zeit des frühern Eigenthümers stellen; hinter diesen werden sodann die Pfandrechte aus der Zeit des jetzigen Eigenthümers kommen. Unter sich aber werden wir jene, wie diese, so ordnen, daß wir zuerst auf die privilegirten Pfandrechte Rücksicht nehmen. Dem stärker privilegirten Pfandrechte werden wir vor dem schwächer privilegirten den Vorzug einräumen, unter den gleich privilegirten aber zunächst auf die Oeffentlichkeit sehen, und nur, wo diese nicht in Betracht kommt, die Zeit entscheiden lassen. Hierauf werden wir uns zweitens nach den einfachen Pfandrechten umsehen, und da wird es denn wieder vor Allem darauf ankommen, ob etwa, der Oeffentlichkeit halber, das eine Pfandrecht vor dem andern den Vorzug habe. Wo dieser Vorzug aber wegfällt, da werden wir uns lediglich an die Zeit zu halten haben.

3) Siehe auch Glück, **XIX.** S. **290.** folg.

§. 355.

β. Rechtliche Bedeutung der Priorität.

Wir können die Frage, auf welche es hier ankommt, auch so ausdrücken: In welchem Verhältnisse stehen die Befugnisse eines *schlechteren* Pfandgläubigers zu den Befugnissen eines *besseren* Pfandgläubigers?

Die Antwort ist enthalten in folgenden Sätzen:

1. Der schlechtere Pfandgläubiger kann die in dem Pfandrechte enthaltenen Befugnisse gegen den Verpfänder sowohl, als gegen jeden sonstigen Dritten gerade eben so geltend machen, wie wenn die Sache nur ihm allein verpfändet wäre. Daher kann er namentlich, wenn der Verpfänder oder irgend ein Dritter in dem Besitze des Pfandes ist, gegen den Besitzer die **Hypothecaria actio** anstellen. Und der Beklagte wird daraus, daß außer dem Kläger noch ein anderer und besserer Pfandgläubiger vorhanden ist, keine Einrede hernehmen können [1]).

2. Ganz anders stellt sich nun aber die Sache, wenn der schlechtere Pfandgläubiger sein Pfandrecht gegen den bessern Pfandgläubiger selbst geltend machen will. Ist dieser im Besitz — und der schlechtere Pfandgläubiger stellt gegen ihn die **Hypothecaria actio** an, so wird er die Klage allerdings durch eine Einrede entkräften können; er wird das Pfandrecht des Klägers zugeben, aber er wird sich darauf berufen, daß sein Pfandrecht ein besseres sei [2]). Und umgekehrt: Ist der schlechtere Pfandgläubiger im Besitz und der bessere belangt ihn mit der **Hypothecaria actio**, so mag immerhin der schlechtere sich der Einrede bedienen, es sei die Sache auch ihm verpfändet; der bessere wird dennoch auch hier den Sieg davon tragen — denn er wird die **Exceptio** seines Gegners durch eine **Replicatio** des Inhalts, daß sein Pfandrecht ein besseres und stärkeres sei, vernichten [3]).

3. Wenn der schlechtere Pfandgläubiger zu einer Zeit, da der bessere noch nicht befriedigt ist, die verpfändete Sache verkauft; so hat der Verkauf den Erfolg nicht, den er haben soll.

1) L. 12. pr. D. h. t.
2) cit. L. 12. pr. D. h. t.
3) cit. L. 12. pr. D. h. t.

Der bessere Pfandgläubiger wird, ohne sich an den Verkauf zu kehren, von dem Käufer, oder wer sonst die Sache in Händen haben mag, vermittelst der **Hypothecaria actio** Herausgabe verlangen können — und wenn auf diese Weise der Käufer in Schaden kommt; so wird er gegen den schlechtern Pfandgläubiger, der ihm die Sache verkauft hat, seinen Regreß nehmen können [4]).

4. Dagegen kann der bessere Pfandgläubiger das Pfand zum Verkauf bringen, auch wider den Willen des schlechteren Pfandgläubigers [5]). Und hat er dies einmal gethan, so ist mit dem seinigen zugleich auch das schlechtere Pfandrecht aufgehoben [6]).

Hierin hat Folgendes seinen Grund: Denken wir uns, es sind der Pfandgläubiger *mehr*, als *zwei*. Nimmt da derjenige gerade den Verkauf vor, dessen Pfandrecht von allen das beste ist, so hören alle an der Sache haftenden Pfandrechte schlechthin auf. Wäre es anders, so würde sich kein Käufer finden, der bereit wäre, einen dem Werthe der Sache angemessenen Preis zu zahlen. Also: wenn der bessere Pfandgläubiger verkauft, so hört damit das Pfandrecht des schlechtern auf. Indessen, beträgt der Kaufpreis mehr, als die Forderung des bessern Pfandgläubigers; so kann der schlechtere wenigstens darauf Anspruch machen, aus diesem Ueberschusse, soweit derselbe dazu hinreichend ist, seine Befriedigung zu erhalten [7]). — So, wenn der bessere Pfandgläubiger *verkauft*. Hat er keinen Käufer gefunden und ist deshalb ihm selbst das Eigenthum zuerkannt worden; so erlischt das Pfandrecht des schlechtern Pfandgläubigers nicht — vorausgesetzt, daß der Werth der Sache die Forderung des bessern Pfandgläubigers übersteigt; für einen diesem Ueberschusse entsprechenden ideellen Antheil, bleibt dann die Sache dem schlechteren verpfändet [8]).

4) L. 1. D. d. distract. pignor. etc. XX, 5. L. 8. C. h. t. L. 1. C. creditorem evictionem pignor. non debere. VIII, 46.: »..... quoniam hoc utique praestare debet, qui pignoris jure vendit, potiorem se ceteris esse creditoribus.«

5) L. ult. C. si antiquior creditor pignus vendiderit. VIII, 20.

6) L. 12. §. 7. D. h. t. L. 6. C. eod. L. 6. L. 7. C. d. obl. et act. IV, 10. L. 1. C. si antiquior creditor etc. VIII, 20.: »Si vendidisset, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset .....«

7) L. 12. §. 5. D. h. t.

8) L. ult. §. 4. C. de jure dominii impetr. VIII, 34.

Durch diese Bestimmungen wird der Nachtheil, in welchem der schlechtere Pfandgläubiger steht, einiger Maaßen gemildert. Mehr noch geschieht dies aber

5. durch das ihm zustehende **Jus offerendi**, wie die Neuern es zu nennen pflegen. Die Ausübung dieses **Jus offerendi** setzt voraus, daß der schlechtere Pfandgläubiger den besseren, wegen derjenigen Forderung, wofür dieser das Pfand zu verkaufen berechtigt ist, vollständig befriedige [9]); daß er ihn auch wegen solcher Ansprüche zufrieden stelle, um derentwillen er gegen den Schuldner ein bloßes Retentions-Recht ausüben könnte, ist nicht nöthig [10]). Der bessere Pfandgläubiger ist nicht befugt, das Anerbieten der Zahlung abzulehnen [11]). Thut er es, so kann der schlechtere Pfandgläubiger sich damit helfen, daß er das Geld gerichtlich deponirt: diese gerichtliche Deposition wird der Zahlung gleich geachtet [12]). Sobald nun aber Zahlung oder gerichtliche Deposition erfolgt sind, so geht die Forderung des bessern Pfandgläubigers nebst dem damit verbundenen Pfandrechte ohne Weiteres auf den Offerenten über; es bedarf nicht erst einer besondern Abrede, einer besondern Cession [13]).

Dabei ist nun aber Folgendes wohl zu bemerken: Die dem schlechteren Pfandgläubiger ursprünglich zustehende Forderung, und das mit dieser verbundene Pfandrecht wird durch den Eintritt in die Stelle des abgefundenen besseren Pfandgläubigers keinesweges verändert, sondern die Sache ist diese: Es vereinigen sich nun in dem bisherigen schlechtern Pfandgläubiger **zwei** verschiedene Forderungen, deren jede ihr eignes Pfandrecht hat, die eine ein besseres, die andere ein schlechteres [14]). Setzen wir daher, der **X.** ist dem **A.** schuldig **600**, und bestellt ihm dafür ein Pfandrecht. Später gibt er dem **B.** für eine anderweitige For-

9) **L. 20. D. h. t.** in den Worten »oblata ab eo summa primo ordine credita **usurarumque** ejus.« **L. 5. C. h. t.** in den Worten »sed si tu illi id **omne**, quod debetur, solveris.«

10) **L. un. in f. C. etiam ob chirographariam pecuniam etc. VIII, 27.**

11) **L. 11. §. ult. D. h. t.**

12) **L. 1. C. h. t.**

13) **L. 16. D. h. t.** in den Worten »plane cum tertius creditor . . . . . exsolvit.« **L. ult. C. de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. VIII, 19.** S. **Mühlenbruch**, die Lehre von der Cession. §. 45. Nr. 3.

14) **L. 12. §. 6. D. h. t. L. 5. pr. D. d. distract. pignor. XX, 5.**

derung von 200 an derselben Sache ebenfalls ein Pfandrecht. Endlich wird er dem C. 800 schuldig, und auch diesem verpfändet er die schon dem A. und B. verpfändete Sache. Wenn jetzt C. den A. abfindet, so wird er dadurch in Hinsicht des B. zu einem **prior creditor** — aber nicht für die 800, die er immer schon zu fordern hatte, sondern nur für die 600, welche der X. dem A. schuldig war. Wenn nun der X. diese nicht bezahlt, so wird C. alsdann die Sache allerdings zum Verkauf bringen können, ohne daß der B. dagegen etwas einwenden dürfte. Wenn aber X. jene 600 zahlt, so hört damit C. auf, **prior creditor** zu sein; nun ist wieder B. der **prior creditor** — und nur er, nicht C. wird mit Erfolg die Sache verkaufen können.

Der Nutzen, welchen dem schlechteren Pfandgläubiger die Abfindung des besseren gewährt, besteht, wie es in den Quellen [15]) heißt, darin, daß er sein Pfand confirmirt, d. h. das Hinderniß, welches die Coexistenz des besseren Pfandgläubigers den Ansprüchen entgegensetzte, welche der schlechtere auf die Detention der Sache machen konnte — dies Hinderniß ist nunmehr gehoben. Zugleich steht dem schlechteren der abgefundene Gläubiger auch in Bezug auf den Verkauf der verpfändeten Sache nicht weiter im Wege. Ist der abgefundene Gläubiger der erste unter allen etwa vorhandenen, so ist nun der Offerent gegen allen Nachtheil geschützt, welchen außerdem entweder Verzögerung, oder unzeitige Beeilung des Verkaufs von Seiten eines voranstehenden Gläubigers für ihn mit sich führen könnte [16]).

Noch habe ich in Bezug auf das **Jus offerendi** zweierlei zu bemerken:

1. Dieselbe Verjährung, welche demjenigen, der als Pfandgläubiger besitzt, gegen die **Hypothecaria actio** zu Statten kommt, sichert ihn auch gegen das **Jus offerendi** [17]).

2. Es ist bisher immer nur von dem **Jus offerendi** des schlechtern Pfandgläubigers die Rede gewesen; ich muß aber bemerken, daß möglicher Weise auch wohl der bessere Pfandgläubi-

15) **L. 22. C. d. pignorib. VIII, 14. cit. L. 1. cit. L. 5. C. h. t.**

16) **cit. L. 5. pr. D. d. distract. pignor. XX, 5. cit. L. ult. C. si antiquior creditor etc. VIII, 20.**

17) **L. 7. §. 3. C. d. praescript. XXX v. XL annor. VII, 39.**

ger ein Interesse daran haben kann, den schlechtern abzufinden — und dann muß auch dieser sich die angebotene Abfindung gefallen lassen. Also: der bessere Pfandgläubiger hat das **Jus offerendi** ebenfalls [18]).

§. 356.

c. Von der Collision gleich berechtigter Pfandgläubiger.

I. Voraussetzungen.

Es wird vorausgesetzt, daß unter den collidirenden Pfandgläubigern keiner sich auf ein Privilegium berufen könne, welches ihm vor dem Andern den Vorzug gäbe; entweder also, es muß keines der Pfandrechte privilegirt sein, oder sie müssen alle gleich privilegirt sein. Es wird ferner vorausgesetzt, daß auch der Vorzug der Oeffentlichkeit nicht eintrete. Endlich, was die Zeit betrifft: entweder es findet eine Verschiedenheit Statt in der Zeit — aber eine solche, welche nicht beachtet wird (s. §. 353.); oder es läßt sich nachweisen, daß die collidirenden Pfandrechte von gleichzeitiger Entstehung sind; oder endlich, die Zeit läßt sich überall nicht ausmitteln. In allen diesen Fällen werden wir sagen müssen: die collidirenden Pfandgläubiger sind an und für sich gleich berechtigt.

II. Rechtliche Bedeutung.

Gegen den Verpfänder, oder einen sonstigen dritten Inhaber der Sache kann jeder der collidirenden Pfandgläubiger sein Pfandrecht grade eben so geltend machen, wie wenn die Pfandrechte der Andern überall gar nicht vorhanden wären. Hat aber einer der gleichberechtigten Pfandgläubiger selbst die Sache in Händen — so können die übrigen gegen diesen mit der **Hypothecaria actio** nichts ausrichten. Denn: klagen sie gegen ihn, so wird er ihnen die Einrede entgegensetzen, ihm selbst sei die Sache verpfändet — und gegen diese Einrede haben sie keine **Replicatio**. Diese würden sie nur haben, wenn sie ein besseres Pfandrecht hätten. Wir werden hier also sagen müssen: **possi-**

18) **Paul. II, 13. §. 8.**

dentis melior est conditio [1]). Der Besitz gibt demjenigen, der ihn hat, einen Vorzug, der ihm an und für sich nicht zusteht; der Besitz macht ihn zu einem bessern Pfandgläubiger — und so wird denn nun auch gerade er die verpfändete Sache zu seiner Befriedigung verkaufen dürfen, ohne daß die übrigen den Verkauf anfechten könnten.

IV. Klagen zum Schutz des Pfandrechtes.

(§. §. 357 — 361.)

A. Von der Hypothecaria actio. (§. §. 357 — 360.)

§. 357.

a. Vorerinnerung.

Anfangs gab es eine **In rem actio** zum Schutze des Pfandrechts nur in einem ganz bestimmten Falle; in dem Falle nämlich, wenn der Verpächter eines ländlichen Grundstücks sich zur Sicherung wegen des Pachtgeldes an Sachen des Pächters eine Hypothek hatte bestellen lassen. — Für diesen Fall verheißt ausdrücklich das prätorische Edict eine Klage, welche **Serviana actio** genannt wird [1]). Allmälig gab man nun aber dieser Klage eine analoge Anwendung auf andere Fälle, und in dieser Anwendung heißt sie **Utilis Serviana actio, Quasi Serviana actio, Hypothecaria actio** [2]). Das Resultat ist: Jedes Pfandrecht kann mittelst einer **In rem actio** geltend gemacht werden, entweder mit der **Serviana**, oder mit der **Hypothecaria actio**. Heutiges Tags pflegt indessen der Ausdruck **Hypothecaria actio** in der Allgemeinheit gebraucht zu werden, daß man darunter nicht bloß die **Quasi Serviana actio** versteht, sondern mit dieser zugleich auch die **Serviana** selbst. So, in diesem Sinne, habe denn auch ich bisher den Ausdruck gebraucht, und so werde ich ihn auch ferner brauchen.

Ausdrücke von gleich allgemeiner Beziehung, welche in un-

1) Siehe **L. 10. D. d. pignorib. XX, 1. L. 14. D. h. t. L. 1. §. 1. D. d. Salviano interdicto. XLIII, 33.**

1) **§. 7. I. d. actionib. IV, 6.**
2) **L. 1. C. communia de legatis etc. VI, 43. cit. §. 7. I. IV, 6.**

fern Quellen vorkommen, sind: Vindicatio pignoris [3], Pigneratitia in rem actio [4], Pigneratitia actio [5], welche letztere Bezeichnung indessen zweideutig ist, indem dadurch gewöhnlich die aus dem Pfandcontracte herrührende In personam actio bezeichnet wird. S. §. §. 559. 560.

§. 358.

b. Ueber die Subjecte der Klage und den vom Kläger zu führenden Beweis.

I. Erfordernisse in der Person des Klägers.

Soll die Klage mit Erfolg angestellt werden können, so wird vor Allem vorausgesetzt, daß der Kläger in der That ein Pfandrecht habe.

Es muß also ihm oder, im Fall einer Succession, demjenigen, welchem er succedirte, ein Pfandrecht constituirt sein — entweder durch einen Akt der Privatwillkür, oder durch eine Anordnung der Obrigkeit, oder durch unmittelbare gesetzliche Bestimmung.

Dieses Pfandrecht muß aber auch noch gegenwärtig fortbestehen. Daher wird denn in unsern Quellen dazu, daß die Klage mit Erfolg angestellt werden könne, namentlich gefordert, daß nicht etwa eine Solutio erfolgt sei, d. h. daß die Forderung, die durch das Pfandrecht gesichert werden soll, nicht aufgehoben sei. Und eben so wird in den Quellen besonders oft auch dies hervorgehoben, daß keine Satisfactio Statt gefunden haben dürfe, d. h. daß nicht etwa der Pfandgläubiger sein Pfandrecht dürfe aufgegeben haben [1]). Solutio und Satisfactio sind übrigens, wenn schon die vornehmsten, doch nicht die einzigen Aufhebungsgründe des Pfandrechts — und so versteht es sich von selbst, daß

3) L. 16. §. 3. D. d. pignorib. XX, 1.

4) L. 7. §. 12. D. communi divid. X, 3.

5) L. 11. §. ult. D. d. exc. rei jud. XLIV, 2.

1) L. 13. §. 4. D. d. pignorib. XX, 1.: ». . . . . suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum est; quibus cessantibus tenet . . . . . « L. 13. §. 1. D. ad SCtum Vellejan. XVI, 1. in den Worten »cum quasi Serviana« u. s. w. L. 30. §. 1. D. d. exc. rei judic. XLIV, 2. in den Worten »actio tamen pigneratitia competit« u. s. w. S. Francke, Civilistische Abhandlungen. S. 117. folg.

die **Hypothecaria actio** auch dann nicht mit Erfolg angestellt werden könne, wenn das Pfandrecht selbst aus einem andern Grunde aufgehört hat.

Ferner wird nun aber vorausgesetzt, wie bei der **Rei vindicatio**, daß derjenige, welcher klagen will, den verpfändeten Gegenstand nicht etwa selber inne habe; denn ist dies der Fall, so hat er keine Veranlassung zu klagen.

Endlich fragt es sich noch: Ist es eine nothwendige Voraussetzung für die Anstellung der Klage, daß die Schuld, worauf das Pfandrecht sich bezieht, bereits fällig sei? Bei einem **Pignus** im engern Sinne des Worts ist das keinesweges erforderlich [2]). Dagegen kann eine **Hypotheca** im engern Sinne mit unserer Klage allerdings nicht eher verfolgt werden, als bis die Schuld fällig, und der Debitor **in mora** ist [3]).

II. Erfordernisse in der Person des Beklagten.

Die Klage kann gerichtet werden gegen jeden Inhaber der Sache — aber auch gegen denjenigen, **qui dolo fecit, quo minus possideat** [4]).

III. Ueber den vom Kläger zu führenden Beweis.

Wir haben nur so eben gesehen: von Seiten des Klägers wird das wirkliche Vorhandensein eines Pfandrechtes erfordert, in der Person des Beklagten aber wird vorausgesetzt, daß er die fragliche Sache inne habe, oder wenigstens als Inhaber angesehen werden könne. Beides ist durchaus wesentlich. Also: stellt der Beklagte das Eine oder das Andere in Abrede, so muß der Kläger beweisen. Was den Besitz betrifft, von Seiten des Beklagten, so bedarf dieser Punkt keiner weiteren Erörterung. Was aber anbelangt den Beweis des Pfandrechtes, so ist darüber Folgendes zu bemerken: der Kläger braucht nur die Entstehung seines Pfandrechtes darzuthun; behauptet der Beklagte Solution, Satisfaction oder sonst Aufhebung des Pfandrechtes, so ist es, nach den allgemeinen Grundsätzen der Beweislast,

2) Auf ein Pfandrecht dieser Art ist zu beziehen **L. 14. pr. D. d. pignorib. XX, 1.**

3) **L. 10. C. eod. VIII, 14.** Vgl. Glück, **XVIII.** S. 326. folg.

4) **L. 16. §. 3. init. D. eod.**

seine, des Beklagten Sache, dies zu erweisen. Der Kläger hat nur die Entstehung des Pfandrechtes zu beweisen (vergl. §. 167.). Zu diesem Behuf muß aber derjenige, welcher das Pfandrecht auf eine ursprüngliche Weise erworben zu haben behauptet, der Regel nach dreierlei darthun:

1. Daß er eine Forderung habe [5]).

2. Daß ihm ein Pfandrecht verliehen sei [6]) — wenn nämlich das Pfandrecht sich nicht nach unmittelbar gesetzlichen Bestimmungen von selbst versteht.

3. Daß die Sache, um die es sich handelt, in dem Vermögen des Verpfänders gewesen sei, und zwar zur Zeit der Verpfändung grade [7]), ausgenommen den Fall, da künftiger Erwerb im Voraus verpfändet ist; wo es nur darauf ankommt, nachzuweisen, daß der vorausgesetzte Erwerb späterhin wirklich erfolgt sei [8]).

Uebrigens wird hinsichtlich des eben erwähnten dritten Punkts der Kläger oftmals schon damit ausreichen, daß er nur das prätorische Eigenthum des Verpfänders nachweis't. Ja es gibt Voraussetzungen, unter welchen der Kläger den Sieg davon tragen kann, wenn auch der Verpfänder nicht einmal prätorischer Eigenthümer war. Diese Voraussetzungen sind angegeben worden im §. 333., worauf ich hiermit verweise.

Behauptet der Kläger, durch Succession zu dem Pfandrechte gelangt zu sein, so wird er, im Abläugnungsfalle, diese Succession, und das Pfandrecht seines Vorgängers darzuthun haben.

§. 359.

c. Zweck und Wirkungen der Klage.

Der nächste Zweck ist der: der Kläger will, daß sein Pfandrecht anerkannt werde. Dieses Anerkennen durch den Richter wird in den Quellen bezeichnet durch den Ausdruck: **adjudicare hypothecam** [1]).

5) L. 10. C. d. pignerat. act. IV, 24. in den Worten »Ut autem creditor« etc. L. 1. C. si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit. VIII, 33.

6) L. 23. D. d. probationib. XXII, 3.

7) cit. L. 23. D. d. probat.

8) L. 15. §. 1. D. d. pignorib. XX, 1.

1) So z. B. in L. 12. pr. D. qui potior. in pignore. XX, 4.

Davon ist denn nun eine weitere Folge, daß dem Beklagten aufgegeben werden muß, die Sache nebst allen Pertinenzen herauszugeben.

Hinsichtlich der Früchte ist es so: Die zur Zeit der Litiscontestation hängenden, und alle seitdem gezogenen sind jederzeit Gegenstand der Restitution. Die schon vor der Litiscontestation gesonderten Früchte aber sind es nur insoweit, als sie überhaupt unter dem Pfandrechte mitbegriffen sind (s. §. 331.), und von dem Beklagten besessen werden. In der Pandektenstelle, welche diesen Satz enthält [2]), wird hinsichtlich der früheren Früchte nach der Florentinischen Lesart auch dies noch gefordert, daß die Hauptsache zur Befriedigung des Klägers nicht hinreiche; nur dann habe der Richter auf diese Früchte Rücksicht zu nehmen: aber die Aechtheit der hierher gehörenden Worte jener Stelle ist sehr zweifelhaft; weder die **Vulgata** noch **Haloander** haben dieselbe.

Ist der Beklagte zur Herausgabe der Sache im Stande, und nur etwa verhindert, die Sache auf der Stelle herbeizuschaffen; so kann er gegen Caution auf Befristung Anspruch machen [3]). Ist dagegen der Beklagte zur Herausgabe der Sache, durch seine Schuld, außer Stande, so muß er in das Interesse, in die **Litis aestimatio** verurtheilt werden. Diese aber wird, nach Verschiedenheit der Umstände verschieden ausfallen. Ist der Beklagte der Verpfänder selbst, so wird immer nur der Betrag der durch das Pfandrecht sicher zu stellenden Forderung in Anschlag kommen. Ist dagegen der Beklagte irgend ein Dritter, so kann die **Litis aestimatio** leicht höher ausfallen; hauptsächlich wegen des obligatorischen Verhältnisses, in welchem der Pfandgläubiger zu dem Verpfänder steht [4]). Z. B. mein Schuldner gibt mir ein Faustpfand, welches mehr werth ist, als der Betrag der Schuld; durch irgend ein Versehen von meiner Seite

2) **L. 16. §. 4. D. d. pignorib. XX, 1.** (In dem Cod. Flor. lautet der Schluß der Stelle so: »nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, **nisi extent et res non sufficit.**« Die Vulg. Lect. und eben so die Hal. hat: »n. d. a. f. n. p. p. nisi res extent« mit Weglassung des Folgenden.)

3) **L. 16. §. 3. D. eod.**

4) **cit. L. 16. §. 3. L. 21. §. ult. D. eod.**

geschieht es, daß die Sache in fremde Hände kommt. Wenn ich nun da gegen einen Dritten, **qui dolo possidere desiit**, die **Hypothecaria actio** anstelle, und dieser verurtheilt wird, mich zu entschädigen, so bin ich ja dadurch, daß er mir den Belauf der Schuld entrichtet, noch keineswegs schadlos gestellt — denn ich muß meiner Seits dem Verpfänder für den vollen Werth der Sache einstehen, und wir haben vorausgesetzt, daß dieser die Schuld übersteigt. Uebrigens versteht es sich in solchen Fällen von selbst, daß der Kläger das erhaltene Mehr an den Verpfänder herausgeben muß [5]). — Trifft den Beklagten der Vorwurf des **Dolus**, so kann der Kläger verlangen, daß ihm gestattet werde, die Größe der **Litis aestimatio** durch ein **Jusjurandum in litem** zu bestimmen [6]).

Was ich hier über die **Litis aestimatio** gesagt habe, das bezog sich auf eine Geldleistung, in welche der Beklagte verurtheilt wird. Es kann aber auch bei der **Hypothecaria actio** eine Geldleistung vorkommen, zu welcher der Beklagte sich freiwillig erbietet; es ist das etwas, wovon ich vorläufig schon im §. 341. gesprochen habe. Nämlich der Beklagte, Falls er wirklicher Inhaber ist [7]), kann sich von der Verpflichtung, die Sache herauszugeben, jederzeit dadurch befreien, daß er an den Kläger den Betrag der Forderung auszahlt, wofür das Pfand dem Kläger haften soll [8]). Ja, ist der Beklagte ein **Justus possessor**, so kann er sogar verlangen, daß der Kläger ihm dagegen seine Forderung nebst dem damit verbundenen Pfandrechte abtrete [9]). Dieser **Justus possessor** kann, möglicher Weise, Eigenthümer der Sache sein — und dann haben wir, wenn er sich Forderung und Pfandrecht abtreten läßt, einen Fall, in welchem, gegen die sonstige Regel, Eigenthum und Pfandrecht an derselben Sache in einer Person neben einander bestehen. Auch für dieses, dem

5) **cit. L. 21. §. ult. D. eod.**

6) **cit. L. 16. §. 3. D. eod.**

7) Denn auf denjenigen, **qui dolo possidere desiit**, findet dies keine Anwendung, wie **cit. L. 16. §. 3. D. d. pignorib.** zeigt, in welcher es ausdrücklich heißt: »si vero possideat, et aut pecuniam solvat, aut rem restituat — absolvendus est.«

8) **cit. L. 16. §. 3. D. eod. L. 12. §. 1. D. quib. mod. pignus etc. solvitur. XX, 6. L. 2. C. si unus ex plurib. hered. creditoris vel debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit. VIII, 32.**

9) **L. 19. D. qui potiores in pignore. XX, 4.**

Beklagten bei der **Hypothecaria actio** zustehende Abfindungsrecht brauchen manche Neuere den Ausdruck: **Jus offerendi**, den wir in einer andern Beziehung, im §. 355. haben kennen gelernt.

Allen hier erwähnten Fällen, in welchen der Kläger durch eine Geldleistung von Seiten des Beklagten zufrieden gestellt wird, dieser mag dazu verurtheilt sein, oder sie aus freien Stücken beschaffen, ist Folgendes gemein:

1. Der Kläger verliert sein bisheriges Pfandrecht; in dem Falle mit dem **Justus possessor** geht es auf diesen über; außerdem aber hört es ganz und gar auf.

2. Als Verkauf des Pfandes durch den Pfandgläubiger kann nun aber ein Vorgang dieser Art nicht angesehen werden. Daher wird denn auch dadurch das Eigenthumsrecht des Verpfänders oder irgend eines sonstigen Dritten nicht aufgehoben [10]). Und eben sowenig wird irgend eines der übrigen auf der Sache haftenden Pfandrechte aufgehoben [11]).

3. Die von dem Beklagten geleistete Geldzahlung begründet für denselben eigenthümliche Ansprüche. Hat der Pfandgläubiger seine Rechte dem Beklagten überlassen, so sind es diese, welche der Beklagte geltend machen kann. Außerdem aber wird der Beklagte, Falls er nicht selbst Eigenthümer ist, und später mit der Eigenthumsklage belangt wird, für dasjenige, was er dem Pfandgläubiger geleistet hat, Ersatz fordern können [12]). Vergl. §. 240.

Zuletzt muß ich noch etwas anführen, was für uns allerdings keine praktische Bedeutung hat, was man aber doch wissen muß, wenn Einem nicht viele die **Hypothecaria actio** betreffende Stellen unverständlich bleiben sollen. Die **Hypothecaria actio** gehört nämlich nach Römischem Rechte zu den **arbitrariis actionibus** im engern Sinne des Wortes; und daher war denn das gerichtliche Verfahren dabei folgendes: Zunächst gab der Richter dem Beklagten auf, die Sache zu restituiren. War nun der Beklagte im Besitz, so wurde er, wenn er entweder wirk-

10) **L. 65. pr. D. d. R. V. VI, 1. L. 28. pr. D. d. P. A. XIII, 7.**

11) **L. 12. §. 1. D. qui potiores in pignore. XX, 4.**

12) S. die Stellen in Note 10.

lich restituirte, oder dem Kläger den Betrag der Forderung auszahlte, absolvirt. War er ein Solcher, **qui dolo possidere desierat**, so ward er, Falls er die Sache herbeischaffte, ebenfalls absolvirt. Geschah aber von diesem Allen nichts, so ward, nach Umständen, entweder die Sache selbst durch richterliche Veranstaltung ihm weggenommen, oder er ward in die **Litis aestimatio** verurtheilt, und dieses Letztere geschah nicht selten auch dann, wenn er wirklich im Besitze der Sache war, und sie nur aus Ungehorsam nicht leistete [13]).

§. 360.

a. Einreden des Beklagten.

Die dem Beklagten zustehenden Einreden sind:

1. Die Einrede der Verjährung. Ueber diese siehe §. 150. II, B.

2. Die Einrede des eignen Pfandrechts an der Sache; s. §. §. 355. 356.

3. Der Beklagte kann sich möglicher Weise der s. g. **Exceptio excussionis seu ordinis** bedienen.

Der allgemeine, schon im §. 157. angegebene Begriff dieser Einrede ist folgender: Der Beklagte verlangt, daß der Kläger, ehe er seine Ansprüche gegen ihn verfolgt, suchen solle, auf einem andern Wege zu seiner Befriedigung zu gelangen. Was nun aber betrifft die besondere Beziehung der Einrede auf die **Hypothecaria actio**, so ist diese eine zwiefache. Nämlich: der Beklagte kann erstens dem Kläger zumuthen, zunächst irgend einen Andern mit einer persönlichen Klage in Anspruch zu nehmen; dann nennen die Neueren die Einrede **Exceptio excussionis personalis**. Zweitens kann es nun aber auch geschehen, daß der Beklagte dem Kläger zumuthet, sich zunächst an andere Sachen zu halten; dann heißt die Einrede bei den Neueren **Exceptio excussionis realis**.

In Bezug auf die **Exceptio excussionis personalis** ist Folgendes zu merken: Nach vorjustinianischem Rechte, ja selbst

13) cit. L. 16. §. 3. D. d. pignorib. und §. 31. I. d. actionibus. IV, 6.

noch nach dem Rechte des Justinianischen Codex, hatte der Pfandgläubiger die unbeschränkte Wahl, ob er zunächst die persönliche Klage gegen den Schuldner, oder die etwaigen Bürgen anstellen, oder sogleich mittelst der **Hypothecaria actio** sein Pfandrecht geltend machen wollte [1]). Dies hat aber Justinian in einer Novelle [2]), dahin geändert: Wenn die verpfändete Sache sich in den Händen dritter Personen befindet, so soll der Gläubiger, ehe er gegen diese die **Hypothecaria actio** anstellt, erst den Schuldner und die etwaigen Bürgen belangen; klagt er zuerst gegen den dritten Besitzer des Pfandes, so hat dieser die Einrede der Excussion. Dies ist die Regel. Die Ausnahmen sind folgende:

Erstens: Auf das **Pignus** im engern Sinne des Wortes findet die Justinianische Verordnung keine Anwendung.

Zweitens: Der Natur der Sache nach muß die **Exceptio excussionis** wegfallen, wenn der Pfandgläubiger eine persönliche Klage überall gar nicht hat, indem die ihm zustän-dige Forderung eine bloß natürliche ist. Dasselbe gilt von dem Falle, da zwar der Pfandgläubiger eine persönliche Klage hat, jedoch nachzuweisen im Stande ist, daß die Anstellung derselben ohne Erfolg sein würde: So, wenn der Schuldner sich in Vermögensumständen befindet, welche voraussetzen lassen, daß von ihm nichts zu erlangen sein werde.

Drittens kann die Abwesenheit desjenigen, an welchen der Beklagte den Kläger verweis't, die Einrede unwirksam machen. Die angeführte Novelle enthält hierüber folgende Bestimmung: Ist derjenige, an welchen der Beklagte den Kläger verweis't, abwesend, so soll der Richter dem Beklagten eine Frist setzen, und ihm aufgeben, innerhalb derselben den Abwesenden zu sistiren. Geht aber diese Frist zu Ende, ohne daß der Beklagte den Abwesenden gestellt hätte, so wird die **Exceptio excussionis** nicht weiter beachtet.

Dies sind die wirklich gegründeten Ausnahmen. Falsch aber ist es, wenn Einige behaupten, Justinian habe in einer

1) L. 14. C. d. obl. et act. IV, 10. L. 14. L. 24. C. d. pignorib. VIII, 14.

2) Nov. 4. c. 2. womit zu vergleichen ist ejusd. Nov. c. 1.

spätern Novelle [3]) die **Exceptio excussionis** für den Fall, da der Gläubiger wegen einer ihm speciell verpfändeten Sache die **Hypothecaria actio** anstellt, aufgehoben; die Einrede sei also beschränkt auf die Voraussetzung, daß auf den Grund eines generellen Pfandrechts geklagt werde. Die angeführte Novelle sagt davon kein Wort.

Die s. g. **Exceptio excussionis realis** findet Statt zuerst in dem Falle, da der Schuldner Bürgen gestellt hat, und dem Gläubiger sowohl von Seiten des Schuldners, als von Seiten der Bürgen Pfandrechte eingeräumt sind. Nämlich: nimmt hier der Gläubiger die Besitzer der von Seiten der Bürgen verpfändeten Sachen in Anspruch, so können diese ihn an die Besitzer der von Seiten des Schuldners verpfändeten Gegenstände verweisen, verlangen, daß er zuerst gegen diese klage [4]). Sodann findet unsere Einrede zuweilen auch da Statt, wo von Seiten einer und derselben Person verschiedene Sachen verpfändet sind. Nämlich: nach der im §. 343. aufgestellten Regel hat derjenige, welchem verschiedene Sachen verpfändet sind, die freie Wahl, welche Sachen er zuerst zum Verkauf bringen will. Von dieser Regel gibt es indessen eine Ausnahme. Der Fall ist dieser: Der **A.** hat wegen einer und derselben Forderung theils eine General-, theils eine Special-Hypothek erworben, und zwar bezieht diese letztere sich auf Sachen, die schon in seiner General-Hypothek mitbegriffen waren. Später hat **B.** an anderen unter diese General-Hypothek fallenden Gegenständen ebenfalls ein specielles Pfandrecht erworben. Jetzt will **A.** von seinem **Jus alienandi** Gebrauch machen, und in Folge des ihm zustehenden allgemeinen Pfandrechts die dem **B.** verpfändeten Sachen zuerst verkaufen; er fordert daher von dem **B.**, der sich im Besitze befindet, die Herausgabe der Sachen. Hier nun soll, gegen die Regel, **B.** im Besitze geschützt werden, sobald es gewiß ist, daß **A.** schon aus den ihm speciell verpfändeten Sachen seine vollständige Befriedigung erhalten könne. Soweit ist diese Ausnahme in einem Rescripte des Codex [5]) ent-

3) Nov. 112. c. 1.
4) cit. Nov. 4. c. 2.
5) In der L. 2. C. d. pignorib. VIII, 14.

halten. Viele Neuere glauben nun aber noch weiter gehen zu dürfen. Manche stellen es sogar als eine ganz allgemeine Regel auf, daß der Gläubiger, welcher General- und Special-Hypotheken zugleich habe, sich jederzeit zuerst an diese halten müsse. Man pflegt sich dabei auf eine andere Stelle des Codex [6]) zu berufen. Diese Stelle aber läßt mehr als Eine Erklärung zu. Und so scheint doch die Meinung derjenigen den Vorzug zu verdienen, welche streng bei den vorhin bezeichneten besondern Voraussetzungen stehen bleiben [7]).

4. Auch wegen Kosten, welche der Beklagte auf die verpfändete Sache verwendet hat, kann er möglicher Weise eine Einrede haben. Allgemeine Bestimmungen darüber, welche Kosten der Beklagte ersetzt verlangen könne, vermissen wir in den Quellen; indessen scheint sich doch aus den speciellen Bestimmungen, welche die Quellen in Betreff von Gebäuden enthalten [8]), folgende Regel ableiten zu lassen: Verwendungen, wodurch der Kaufpreis der Sache erhöht wird, kann der Beklagte ersetzt verlangen, nicht aber gewöhnliche Unterhaltungskosten.

§. 361.

B. Von dem Salvianum interdictum.

† DIG. XLIII, 33. De Salviano interdicto. — † COD. VIII, 9. De precario et Salviano interdicto.

Das Interdict ist ein **Interdictum adipiscendae possessionis** [1]). Es setzt voraus, daß der Verpächter eines ländlichen Grundstücks sich zur Sicherheit für das Pachtgeld von dem Pächter an gewissen Gegenständen eine bloße Hypothek hat bestellen lassen [2]). Wir haben also hier dieselbe Voraussetzung, wie bei der **Serviana actio**. Kläger ist derjenige, welchem die Hypothek bestellt worden ist, also der Verpächter. Was aber betrifft die Person des Beklagten, so ist es streitig, ob das Interdict gegen

6) L. 9. C. d. distract. pignor. VIII, 28.

7) Ueber diese ganze Controverse siehe Glück, XVIII. S. 236. folg.

8) L. 44. §. 1. D. d. damno inf. XXXIX, 2. L. 29. §. 2. D. d. pignorib. XX, 1.

1) §. 3. in f. I. d. interdictis. IV, 15.

2) cit. §. 3. I. eod.

den Inhaber als solchen angestellt werden kann, er sei, wer er wolle, oder nur gegen den Verpfänder.

Nach einer Pandektenstelle [3]) und einer Stelle des Theophilus [4]) müssen wir sagen, das Interdict kann gegen jeden Besitzer angestellt werden. Dagegen — nach einer Stelle des Codex [5]) scheint behauptet werden zu müssen, das Interdict könne nur gegen den Verpfänder angestellt werden. Für das Justinianische Recht scheint diese Stelle den Ausschlag zu geben [6]). Unter den Neueren schlagen Einige einen Mittelweg ein: das Interdict könne angestellt werden gegen den Verpfänder und dessen Successor im Besitz [7]).

Der Zweck der Klage geht dahin, dem Kläger den Besitz der verpfändeten Gegenstände zu verschaffen. Jedoch wird immer, selbst wenn die Entscheidung zu Gunsten des Klägers ausfällt, dadurch nur ein provisorischer Zustand herbeigeführt. Es wird nur auf Einräumung des Besitzes erkannt — ohne daß das Vorhandensein des Pfandrechts ausgesprochen würde. Und so läßt die Entscheidung immer noch die Möglichkeit übrig eines fernern Rechtsstreits über das Pfandrecht selbst. Dies ist wenigstens der Gesichtspunkt, aus welchem die Neuern den Zweck des Interdicts aufzufassen pflegen [8]). Der eigenthümliche Vortheil aber, welchen das Interdict gewährt, liegt heutiges Tages darin, daß das Verfahren summarisch ist [9]). Ich sage heutiges Tages. Bei den Römern war dies wohl nicht der Fall.

Zuletzt bleibt nun noch die Frage übrig: Leidet dieses Interdict eben so, eine analoge Anwendung auf andere Fälle der Verpfändung, wie die **Serviana actio**? Gibt es also auch ein **Interdictum quasi Salvianum**? Nach der angeführten Stelle des Codex (s. Note 5.) scheint es, daß die Frage zu bejahen sei.

3) **L. 1. pr. et §. 1. D. h. t.**
4) **Theoph. IV, 15. §. 3.**
5) **L. 1. C. h. t.**
6) Dieser Meinung sind u. A. Höpfner, Commentar. §. **1214.** Thibaut, Pand. §. 816. Entgegengesetzter Meinung ist u. A. Wening-Ingenheim, gem. Civilr. Buch **II.** §. **168.** Mühlenbruch, Pand. §. 316.
7) So Huschke, Studien. S. 380. folg.
8) Ich verweise u. A. auf Höpfner a. a. O. §. **1214.** Schweppe, Röm. Privatr. §. **314.**
9) Siehe Thibaut a. a. O. §. 816.

Und in praxi wird diese Ausdehnung des Interdicts allgemein anerkannt.

V. Aufhebung des Pfandrechtes. (§. §. 362—367.)

† DIG. XX, 6. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.

§. 362.

A. Von der Aufhebung des Pfandrechtes überhaupt.

Von dem Uebergange des Pfandrechts von Einem auf den Andern ist bereits im §. 341. gehandelt worden. Hier soll daher bloß von den Fällen die Rede sein, in welchen ein vorhandenes Pfandrecht ganz und gar aufhört, so daß es fortan Niemanden zusteht.

Es erlischt aber ein vorhandenes Pfandrecht

1. durch Entsagung (§. 363.).
2. Durch Confusion (§. 364.).
3. Durch Untergang des Objects (§. 365.).
4. Durch Veräußerung des verpfändeten Gegenstandes — jedoch nur unter gewissen besondern Voraussetzungen (§. 366.).
5. Durch Aufhebung der Forderung, die mittelst des Pfandrechts sicher gestellt werden soll (§. 367.).

Zu diesen fünf Arten der Aufhebung — welche einzeln in den nächstfolgenden Paragraphen näher sollen erörtert werden — kommen nun aber noch ein Paar andere hinzu, die einer nähern Erörterung nicht bedürfen. Nämlich das Pfandrecht kann

6. auch **lapsu temporis** aufhören, wenn es auf Zeit bestellt ist [1]).

7. Desgleichen nach der Regel: »**Resoluto jure concedentis resolvitur jus accipientis.**« (S. §. 221.)

Die hier angegebenen Aufhebungsgründe sind die einzigen wirklichen. Es fehlt indessen in den Schriften der neuern Rechtsgelehrten auch nicht an bloß vermeintlichen Aufhebungsgründen. Dahin gehört Folgendes:

Erstens: Einige meinen, das Pfandrecht erlösche, wenn der Pfandgläubiger sich Mißbrauch der verpfändeten Sache zu

1) L. 6. pr. D. h. t.

Schulden kommen lasse. Sie berufen sich dabei auf eine Pandektenstelle [2]). Diese enthält indessen eine ganz singuläre, nur auf das Pfandrecht an einer Sclavin Bezug habende, für uns unpraktische Bestimmung.

Zweitens behaupten Einige: Wenn der Pfandgläubiger im Besitz der verpfändeten Sache sei, und die von ihm verlangte **Cautio damni infecti** verweigere, so könne er durch diese Weigerung sein Pfandrecht verlieren. Man beruft sich dabei gleichfalls auf eine Stelle der Pandekten [3]). Allein in dieser Stelle ist gar nicht die Rede von dem Verluste des Pfandrechts selbst, sondern nur von der versagten Verfolgung desselben gegen eine bestimmte Person, nämlich gegen denjenigen, welchem der Pfandgläubiger Caution leisten sollte — und so gehört also auch dieser Fall nicht hierher.

Endlich drittens, wenn die Frage entsteht, ob das Pfandrecht durch Verjährung aufgehoben werden könne — so ist die richtige Antwort: Nein. Nämlich die Verjährung der **Hypothecaria actio** hebt zwar die Wirksamkeit dieser Klage auf, nicht aber das Pfandrecht selbst. Und eben so wenig wird das Pfandrecht dadurch aufgehoben, daß irgend ein Dritter durch Ersitzung Eigenthümer wird der verpfändeten Sache [4]).

Was nun die rechtlichen Folgen der Aufhebung anbetrifft, so verdient bemerkt zu werden, daß die Aufhebung des Pfandrechts den Gläubiger der persönlichen Klage gegen den Schuldner keinesweges beraubt, sobald nur nicht mit der Aufhebung des Pfandrechtes verbunden ist auch die Aufhebung der **Obligatio.** Z. B. wenn das Pfandrecht durch Untergang des Objects aufhört, so thut dies der persönlichen Klage des Gläubigers nicht den mindesten Eintrag [5]).

2) **L. 24. §. ult. D. d. P. A. XIII, 7.** Hier wird von demjenigen, dem eine Sclavin zu Pfand gegeben ist, gesagt: »si prostituit ancillam, vel aliud improbatum facere coëgit, illico pignus ancillae solvitur.«

3) **L. 15. §. 25. D. d. damno inf. XXXIX, 2.**

4) Denn siehe **L. 1. §. 2. D. d. pignorib. XX, 1. L. 44. §. 5. D. d. usurp. et usuc. XLI, 3. L. 2. pr. D. pro herede. XLI, 5. L. 7. C. d. pignoribus. VIII, 14.**

5) **L. 9. C. d. pignerat. act. IV, 24.**

B. Insbesondere von der Aufhebung desselben.

§. 363.

a. Durch Entsagung.

Das Pfandrecht kann aufgehoben werden dadurch, daß der Pfandgläubiger seinem Rechte entsagt, durch **Remissio**, durch **Satisfactio** [1]). Diese Entsagung braucht nicht gerade eine ausdrückliche zu sein; sie kann auch stillschweigend erfolgen, z. B. durch bloße Zurückgabe der Pfandverschreibung [2]). Besondere Berücksichtigung aber verdient die stillschweigende Entsagung durch Einwilligung des Pfandgläubigers in die Veräußerung des Pfandes — diese bestehe in der Uebertragung des Eigenthums, oder in weiterer Verpfändung.

Zunächst wollen wir stehen bleiben bei dem Fall der Eigenthumsübertragung [3]). Der Grund, weshalb hier die Einwilligung als Verzichtleistung gilt, ist dieser: Es bedarf der Einwilligung nicht. Nun muß es doch aber eine Bedeutung haben, daß diese Einwilligung nachgesucht, und ertheilt worden ist; es muß doch irgend etwas dabei beabsichtigt sein — und da läßt sich denn nicht füglich etwas Anderes denken, als daß die Absicht des Verpfänders war, Erlaß des Pfandrechts zu bewirken, und die des Creditors, diesen Erlaß zu gewähren.

Aber mit der Einwilligung ist das bloße Wissen um die Veräußerung nicht zu verwechseln: dieses bloße Wissen und Geschehenlassen von Seiten des Creditors ist für ihn ohne Nachtheil [4]).

1) L. 6. pr. D. h. t.: »Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est . . . . . .« L. 9. §. 3. D. d. P. A. XIII, 7.: ». . . . . Et generaliter dicendum est, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum . . . . . .« Tit. Cod. VIII, 26. De remissione pignoris.

2) L. 7. C. d. remiss. pignor. VIII, 26.

3) L. 4. §. 1. D. h. t. L. 158. D. d. R. J. L. 2. C. d. remiss. pignor. VIII, 26.

4) L. 8. §. 15. D. h. t. »Non videtur autem consensisse creditor, si sciente eo debitor rem vendiderit, cum ideo passus est venire, quod sciebat, ubique pignus sibi durare. Sed si subscripserit forte in tabulis emtionis, consensisse videtur, nisi manifeste appareat, eum deceptum esse. Quod observari oportet et si sine scriptis consenserit.«

Dieser letzte Satz leidet eine Ausnahme in dem Fall, da das Pfand verkauft werden soll, und die Gläubiger vor dem Verkauf öffentlich aufgefordert werden, sich zu melden, dieses aber, ungeachtet sie gegenwärtig sind, dennoch unterlassen [5]). Eben so verlieren die Gläubiger bei einer Veräußerung des Pfandes durch den Fiscus ihre Pfandrechte schon durch bloßes Geschehenlassen [6]).

Aber das sind Ausnahmen. Die Regel fordert: es muß zu dem Wissen des Pfandgläubigers noch irgend etwas Positives hinzukommen, wodurch jenes Wissen zur Einwilligung wird; dies kann nun in einer ausdrücklichen Erklärung enthalten sein — aber auch in einer stillschweigenden. So z. B. wenn der Gläubiger den Kaufbrief mit unterschreibt [7]).

Uebrigens geht nun aber, der Einwilligung des Pfandgläubigers ungeachtet, das Pfandrecht doch nicht verloren, sobald die Veräußerung ungültig ist [8]), oder wohl gar nur projectirt war, aber nicht wirklich vorgenommen ist [9]). Auch lebt das Pfandrecht wieder auf, wenn die wirklich vorgenommene und an sich gültige Veräußerung in der Folge rückgängig wird [10]). Dagegen wenn die veräußerte Sache späterhin aus irgend einem anderweitigen, selbstständigen Grunde dem Veräußernden wieder erworben wird, so wird dadurch das Pfandrecht nicht wieder hergestellt. Ja, was noch mehr ist: denken wir uns, derjenige, der eine generelle Hypothek an dem gegenwärtigen und künftigen Vermögen eines Andern hat, gibt zur Veräußerung einer in diesem Vermögen enthaltenen Sache seine Zustimmung. Da soll er nicht nur für jetzt sein Pfandrecht an der Sache verlieren; sondern er soll auch, Falls die Sache in der Folge dem Veräußernden wieder erworben wird, kein neues Pfandrecht daran erlangen — ungeachtet doch seine Hypothek an und für sich allen künftigen Erwerb in sich faßt, und also auch auf diesen mitbezogen werden müßte. Dies beruht auf einer besondern Constitution von Justinian [11]).

5) L. 6. C. d. remiss. pignor. VIII, 26.
6) L. 8. C. eod.
7) S. Note 4.
8) L. 4. §. 2. D. h. t.
9) L. 8. §. 6. D. h. t.
10) L. 10. pr. D. h. t.
11) L. ult. C. d. remiss. pignor. VIII, 26.

Nun muß ich aber zuletzt noch eigens darauf aufmerksam machen, daß die Wirkung, welche in Gemäßheit des bisher Vorgetragenen, der Einwilligung beigelegt wird, auf einer bloßen **Interpretatio voluntatis** beruht, welche da, wo besondere Gründe für eine entgegengesetzte Ansicht sprechen, wegfallen muß. Daher versteht es sich von selbst, daß das Pfandrecht nicht für aufgehoben gelten kann, wenn der Pfandgläubiger in die Veräußerung mit Vorbehalt seines Rechts eingewilligt hat [12]).

Auf eine analoge Weise verhält es sich mit der Zustimmung des Gläubigers in die weitere Verpfändung. Diese läßt allerdings eine zwiefache Auslegung zu. Nämlich die Absicht kann dahin gegangen sein, das Pfandrecht ganz und gar aufzuheben — sie kann aber auch beschränkt gewesen sein darauf, zum Besten des neuen Pfandgläubigers nur auf die Priorität zu verzichten [13]). Im Zweifel wird nun aber doch die erste Auslegung angewandt, also angenommen, daß der consentirende Pfandgläubiger seinem Pfandrecht ganz und gar habe entsagen wollen [14]).

§. 364.

b. Durch Confusion.

Da die Regel diese ist: Niemand kann ein Pfandrecht haben an seiner eignen Sache, so folgt: ein wirklich vorhandenes Pfandrecht muß aufhören, sobald der Inhaber desselben Eigenthümer wird der verpfändeten Sache — oder umgekehrt, der Eigenthümer in das Pfandrecht succedirt [1]).

Dieser Grundsatz von der Aufhebung des Pfandrechts durch Confusion ist indessen nicht ohne Ausnahmen. Es gibt Fälle, in denen der Pfandgläubiger Eigenthümer wird, ohne daß das Pfandrecht dadurch aufgehoben würde. Ein einzelner Fall dieser Art ist bereits im §. 338. II, 1. angeführt. Außer diesem kommen aber in den Quellen noch mehre vor, welche sich unter Eine all-

12) cit. L. 4. §. 1. D. h. t. in den Worten »nisi salva causa pignoris sui consensit.«

13) L. 12. §. 4. D. qui potiores in pignore. XX, 4.

14) L. 9. §. 1. L. 12. pr. D. h. t.

1) L. 29. D. d. P. A. XIII, 7. L. 30. §. 1. D. d. exc. rei jud. XLIV, 2.: »..... Neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore .....«

gemeine Bestimmung zusammenfassen lassen. Nämlich: wenn der Pfandgläubiger das Eigenthum des Pfandes durch ein mit dem Verpfänder selbst eingegangenes Rechtsgeschäft erwirbt, so wird die bloße Vereinigung des Pfandrechts mit dem Eigenthum nicht als Aufhebungsgrund angesehen; sondern, wenn hier das Pfandrecht aufhört, so geschieht es durch Entsagung. In Gemäßheit der Grundsätze nun, welche in dem vorigen Paragraphen erörtert worden sind, wird in der Regel eine Entsagung allerdings anzunehmen sein; denn indem der Pfandgläubiger selbst das Veräußerungsgeschäft mit dem Verpfänder abschließt, gibt er ja seine Zustimmung zu der Veräußerung zu erkennen. Aber es können nun doch die Umstände von der Art sein, daß dieser Zustimmung ungeachtet keine Entsagung anzunehmen ist, und dann wird das Pfandrecht fortbestehen. So, wenn Jemand, der seine Sache mehren Personen verpfändet hat, dieselbe an Einen der mehren Pfandgläubiger verkauft, oder an Zahlungs-Statt gibt. Hier wird die Absicht der Entsagung nicht angenommen. Man sieht die Sache vielmehr aus dem Gesichtspunkte an, wie wenn der Pfandgläubiger das ganze Geschäft zu seiner bessern Sicherstellung vorgenommen hat: der Pfandgläubiger behält daher sein Pfandrecht, ungeachtet er nunmehr Eigenthümer geworden ist, und daher kommt den nachfolgenden schlechtern Pfandgläubigern auch noch das **Jus offerendi** zu Statten [2]).

Umgekehrt gibt es nun aber auch Fälle, in welchen der Eigenthümer in das einem Andern zuständige Pfandrecht dergestalt succedirt, daß in ihm das Pfandrecht fortbesteht. Diese Fälle bilden ebenfalls eine Ausnahme von der Regel. Es gehört dahin der Fall, welcher vorgekommen ist im §. 341. (fünfter Fall.). Desgleichen der Fall, da ein Dritter Eigenthümer des Pfandes geworden ist und nun den Pfandgläubiger, der ihn mit der **Hypothecaria actio** belangt, seiner Forderung halber abfindet. Auch von diesem Falle ist früher schon die Rede gewesen, nämlich im §. 359.

2) **L. 1. C. si antiquior creditor etc. VIII, 20.** Ein anderes hieher gehöriges Beispiel enthält **L. 30. §. 1. D. d. exc. rei judic. XLIV, 2.** Vergl. Francke, Civilistische Abhandl. S. 112. folg. Dagegen findet sich in **L. 9. pr. D. h. t.** ein Beispiel entgegengesetzter Art.

§. 365.

c. Durch Untergang des Objectes.

Die Natur der Sache bringt es mit sich, daß bei gänzlichem Untergange des Objects das Pfandrecht aufhören muß [1]). Dem vollständigen Untergange aber wird eine Specification, welche die Wiederherstellung des frühern Zustandes unmöglich macht, gleichgeachtet [2]). In einer General-Hypothek ist indessen die neue **Species** so gut begriffen, wie die alte, und daher ist der eben aufgestellte Satz von eigentlich praktischer Bedeutung nur unter Voraussetzung eines speciellen Pfandrechtes. Durch anderweitige bloße Veränderungen des Objectes wird aber auch das specielle Pfandrecht nicht aufgehoben [3]). Besonders bemerkenswerth ist dabei in Bezug auf die Verpfändung einer **Universitas facti** dieses: Wenn schon alle einzelnen zur Zeit der Verpfändung in der **Universitas** enthalten gewesenen Gegenstände untergegangen sein mögen, so dauert das Pfandrecht dennoch fort, sobald nur in die Stelle der untergegangenen neue Gegenstände getreten sind: denn in Bezug auf das Begriffsganze, welches die **Universitas** ausmacht, wird selbst der Untergang alles Einzelnen nur aus dem Gesichtspunkte einer bloßen Veränderung des Objectes aufgefaßt [4]). Es steht dies übrigens in genauer Verbindung mit demjenigen, was über dies Pfandrecht an und für sich schon im §. 331. gesagt worden ist.

§. 366.

d. Durch Veräußerung des verpfändeten Gegenstandes.

Daß Veräußerung des Pfandes durch den Pfandgläubiger selbst, in Folge seines **Jus alienandi**, das Pfandrecht aufhebt, davon ist früher schon die Rede gewesen. Ja, wir haben gesehen: sind der Pfandgläubiger mehre und derjenige grade verkauft das Pfand, welcher sagen kann, mir geht kein Anderer vor, so erlöschen mit dem eignen Pfandrechte des Verkäufers auch alle übrigen. Ich erinnere an die §. §. 355. 356.

1) L. 8. pr. D. h. t. (XX, 6.)
2) L. 18. §. 3. D. d. P. A. XIII, 7.
3) L. 16. §. 2. L. 29. §. 2. D. d. pignorib. XX, 1.
4) L. 13. pr. D. eod.

Außerdem nun aber ist es Regel: die bloße Veräußerung des Pfandes, ohne daß eine Entsagung concurrirt, hebt das Pfandrecht nicht auf [1]). Von dieser Regel kommen folgende Ausnahmen vor:

1. Werden aus einer verpfändeten **Universitas facti** einzelne Sachen veräußert, so erlischt das Pfandrecht an ihnen [2]). S. §: 331.

2. Wenn der Erbe die Erbschaft **cum beneficio inventarii** angetreten und zur Befriedigung von Erbschaftsgläubigern oder Legataren Sachen verkauft hat; so können diejenigen Erbschaftsgläubiger, welchen diese Sachen verpfändet waren, die Käufer nicht in Anspruch nehmen [3]).

3. Wenn der Fiscus eine fremde Sache, als die seinige veräußert, so hören die an der Sache haftenden Pfandrechte auf, und der benachtheiligte Gläubiger hat nur eine Regreßklage gegen den Fiscus, die aber schon mit dem Ablaufe von vier Jahren verjährt. Dasselbe gilt bei Veräußerungen von Seiten des Regenten oder der Gemahlin desselben [4]).

§. 367.

e. Durch Aufhebung der Forderung.

Die Natur der Sache bringt es mit sich, daß das Pfandrecht aufhören muß, sobald der Zweck desselben wegfällt; dieser aber fällt weg, wenn die sicherzustellende Forderung nicht mehr vorhanden ist [1]). Aber freilich wird dabei vorausgesetzt, daß die Forderung ihrem ganzen quantitativen Umfange nach aufgehoben sei; so lange auch nur der geringste Rückstand übrig ist, dauert das Pfandrecht fort [2]). Ferner wird vorausgesetzt, daß die Forderung auch in qualitativer Beziehung gänzlich aufge-

1) L. 8. in f. C. d. secund. nuptiis. V, 9. L. 15. C. d. pignorib. VIII, 14.

2) L. 34. pr. D. eod. XX, 1.

3) L. ult. §. 8. C. d. jure deliberandi etc. VI, 30.

4) L. 2. pr. L. 3. C. d. quadriennii praescriptione. VII, 37. §. ult. I. d. usucapionib. etc. II, 6. Vergl. §. 268.

1) L. 43. D. d. solutionibus. XLVI, 3.

2) L. 9. §. 3. init. D. d. P. A. XIII, 7. L. 6. C. d. distract. pignor. VIII, 28. L. 2. C. debitorem venditionem pignor. impedire non posse. VIII, 29.

hoben sei, so also, daß auch nicht einmal eine bloß natürliche **Obligatio** übrig bleibt.

Eine solche gänzliche Tilgung der Forderung tritt überall ein, wo die Forderung **ipso jure** aufgehoben ist, z. B. durch Zahlung, oder durch Novation u. s. w. [3]). Desgleichen da, wo eine civile Obligation zwar nur **per exceptionem** aufgehoben ist, aber mittelst einer solchen **Exceptio**, welche selbst den natürlichen Bestandtheil der Obligation afficirt, wie dies z. B. der Fall ist bei der **Exceptio pacti de non petendo** [4]), desgleichen bei der **Exceptio jurisjurandi** [5]).

Wo dagegen die **Exceptio** nur die Klage aus der Forderung aufhebt, den natürlichen Bestandtheil der Obligation aber fortbestehen läßt, da dauert auch das Pfandrecht fort [6]). Eine Ausnahme von dieser Regel kommt vor bei der **Exceptio rei judicatae.** Diese hebt, wie wir im Obligationenrechte sehen werden, den natürlichen Bestandtheil der klagbar gemachten Obligation nicht auf, und dennoch wird das Pfandrecht als aufgehoben angesehen [7]).

Außer dieser Anomalie gibt es nun aber auch noch einige andere, mit denen es ein umgekehrtes Bewandniß hat — indem ungeachtet der gänzlichen, selbst **ipso jure** eingetretenen, Aufhebung der Forderung, das Pfandrecht nichts desto weniger fortdauert. Dahin gehört der Fall, da der Gläubiger, bei einer

3) **L. 6. pr. D. h. t. L. 11. §. 5. D. d. P. A. XIII, 7. — L. ult. C. d. luitione pignoris. VIII, 31. — L. 19. C. d. usuris. IV, 32. cit. L. 2. C. debitorem venditionem pignor. impedire non posse. VIII, 29. — L. 11. §. 2. D. d. P. A. XIII, 7.** in den Worten »si accepto lata sit pecunia.« **— L. 11. §. 1. D. eod.**

4) **L. 17. §. 2. D. d. pactis. II, 14. L. 5. pr. D. h. t.**

5) **L. 13. D. h. t. (XX, 6.)**

6) **L. 14. §. 1. D. XX, 1.**: »Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat.« (Statt »causis« haben der **Cod. Flor.** und **Hal.** »casibus.« Für »constat« lies't der **Cod. Flor.** »constitit.«) **L. 2. C. VIII, 31.**: »Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione summota.« Die Voraussetzung, von welcher in dieser Stelle ausgegangen wird, ist diese: die der Obligatio entsprechende personalis actio, also der civile Bestandtheil der Obligation, ist aufgehoben, dennoch aber besteht die Obligation ihrem natürlichen Bestandtheile nach fort. So hebt z. B. die Verjährung der persönlichen Klage das Pfandrecht nicht auf. Ich erinnere an den §. 154. Ein anderes Beispiel enthält **L. 59. pr. D. ad SCtum Trebellianum. XXXVI, 1.** Vergl. §. 332. Note 9.

7) **cit. L. 13. D. h. t.**

vorgenommenen Novation, sich das frühere Pfandrecht eigens vorbehalten hat. S. §. 341. (zweiter Fall.); desgl. den fünften dort angeführten Fall.

Ferner: Wenn der Pfandgläubiger mehre sind, und der Verpfänder Einem von ihnen das Pfand an Zahlungs-Statt überläßt, so dauert das Pfandrecht fort [8]). Es treffen hier zwei Anomalien zusammen: der Pfandgläubiger wird Eigenthümer, und doch bleibt ihm sein Pfandrecht; das ist die eine Anomalie, und um dieser Willen ist des Falls schon im §. 364. Erwähnung geschehen. Aber auch die Forderung des Pfandgläubigers wird ganz und gar aufgehoben, und selbst dies thut seinem Pfandrechte keinen Eintrag; das ist die zweite Anomalie, und in Bezug auf diese gehört der Fall hierher.

Ein anderer anomaler Fall ist der, da ein Bürge, welcher dem Gläubiger ein Pfandrecht constituirt hat, von dem Hauptschuldner beerbt wird: die Obligation aus der Bürgschaft hört dadurch auf — aber das Pfandrecht besteht [9]).

Endlich mag auch wohl das noch hierher gerechnet werden, daß unter gewissen Voraussetzungen der Pfandgläubiger überhaupt, auch nachdem die Forderung, die durch das Pfandrecht gesichert werden sollte, bereits aufgehoben ist, wenigstens ein Retentionsrecht behält. S. §. 348.

VII. Uneigentliches Pfandrecht. (§. §. 368 — 370.)

§. 368.

A. Einleitung.

Bei dem uneigentlichen Pfandrechte wird der Gläubiger durch Befugnisse sicher gestellt, die ihm nicht in Bezug auf das Eigenthum des Verpfänders, sondern in Beziehung auf andere Rechte desselben eingeräumt werden. Im Allgemeinen nun findet alles dasjenige, was von dem eigentlichen Pfandrechte gilt, auf das uneigentliche eine analoge Anwendung. Aber das uneigentliche Pfandrecht hat auch manches ganz Eigenthüm-

8) L. 1. C. si antiquior creditor etc. VIII, 20.

9) L. 38. §. 5. D. d. solutionib. XLVI, 3.

liche an sich, wobei es denn wieder gar sehr auf die verschiedene Beschaffenheit des dadurch zu beschränkenden Rechts ankommt. Daher muß denn in der Lehre von dem uneigentlichen Pfandrechte vornämlich darauf Rücksicht genommen werden, zu zeigen, worin die eigentliche Natur des uneigentlichen Pfandrechts besteht, je nachdem es in Beziehung auf dieses oder jenes Recht gedacht wird.

Der Vermögensrechte außer dem Eigenthume gibt es aber zwei Classen — **Jura in re aliena** — und Forderungen.

B. Insbesondere:

§. 369.

a. Von dem Pfandrechte an einem Jus in re.

Die hier zu erörternden Fälle sind:

I. Das Pfandrecht an einer Servitut.

Hier fragt sich zunächst, inwiefern an persönlichen Servituten ein Pfandrecht vorkommen könne.

Der Inhaber einer persönlichen Servitut kann ein Pfandrecht daran in der Art nie constituiren, daß der Pfandgläubiger, für den Fall der nicht erfolgten Zahlung, berechtiget sein sollte, das Recht der Servitut zu verkaufen, um aus dem Kaufpreise sich bezahlt zu machen — es würde dies mit dem Wesen der persönlichen Servituten im Widerstreite stehen. Dagegen ist es dem Inhaber einer persönlichen Servitut, inwieweit diese Ueberlassung der Ausübung an einen Andern gestattet, allerdings möglich, die Servitut in dem Sinne zu verpfänden, daß der Gläubiger, wenn die Auszahlung ausbleibt, die Servitut auszuüben berechtigt sein soll, um aus dem Werthe der Vortheile, welche die Servitut gewährt, sich bezahlt zu machen. Bei einem verpfändeten **Ususfructus** wird daher der Pfandgläubiger die Früchte percipiren, und aus deren Verkaufe sich seine Befriedigung verschaffen können [1]). Mit dem Erlöschen der Servitut hört ein solches Pfandrecht natürlich auf [2]).

1) **L. 11. §. 2. L. 15. pr. D. d. pignorib. XX, 1.**

2) **L. 8. pr. D. quib. mod. pign. etc. solvitur. XX, 6.**

Was ich bisher gesagt habe, bezog sich auf ein von dem Inhaber der Servitut bestelltes Pfandrecht, auf ein Pfandrecht an einer Servitut, wie man das auszudrücken pflegt. Ich muß indessen bemerken, daß mittelst einer persönlichen Servitut der Gläubiger auch noch auf andere Weise sichergestellt werden kann. Nämlich: der Eigenthümer kann dem Gläubiger eine bisher nicht vorhandene persönliche Servitut, namentlich den **Ususfructus**, in der Art constituiren, daß die Servitut so lange fortdauert, bis der Gläubiger durch die Vortheile, welche die Servitut gewährt, oder sonst auf andere Weise, befriedigt ist [3]).

Was sodann die Möglichkeit eines Pfandrechtes an Prädial-Servituten betrifft, so kann der Inhaber einer Prädial-Servitut diese abgesondert für sich nicht verpfänden. Dagegen ist es wohl möglich, daß der Eigenthümer eines Grundstücks seinen Gläubiger, wenn dieser ein benachbartes Grundstück hat, durch Verleihung einer Prädial-Servitut sicherstellt, und zwar in folgender Art: Bis die Schuld fällig ist, mag der Gläubiger die Servitut ausüben; ist aber die Schuld fällig geworden und keine Zahlung erfolgt, so ist der Gläubiger befugt, die Servitut dem Eigenthümer eines anderweitigen benachbarten Grundstücks käuflich zu überlassen, und so aus dem Kaufpreise sich bezahlt zu machen [4]). Es ist dies der einzige Fall, in welchem es für zulässig geachtet wird, eine Prädial-Servitut, abgesondert für sich zu veräußern. Vgl. §. 299. Uebrigens ist nun aber noch zu bemerken, daß die eben bezeichnete Art der Sicherstellung bei städtischen Prädial-Servituten unstatthaft ist [5]); sie ist also beschränkt auf ländliche Prädial-Servituten.

II. Das Pfandrecht an einer Emphyteusis oder an einer Superficies.

Früher (§. 321. Note 4. und §. 327. Note 6.) habe ich bemerkt, daß in den Quellen gesagt wird, ein emphyteutisches und superficiarisches Grundstück könne verpfändet werden, und zwar von dem **Emphyteuta** oder **Superficiarius**. Indessen, es ist

3) cit. L. 11. §. 2. cit. L. 15. pr. D. d. pignorib.
4) L. 12. D. eod.
5) Nach L. 11. §. ult. D. eod.

das nur ein uneigentlicher Ausdruck. Allerdings — die Innehabung des Grundstücks können der **Emphyteuta** oder der Superficiar dem Gläubiger einräumen; aber das Recht, das Grundstück selbst zum Verkaufe zu bringen, und durch den Verkauf den Käufer zum Eigenthümer zu machen, das können sie dem Gläubiger nicht gewähren, sonst wäre es ja ganz und gar in ihre Willkür gegeben, durch das Medium einer Verpfändung das Recht des **Dominus** aufzuheben. Mithin kann das dem Pfandgläubiger zugestandene **Jus alienandi** sich nur auf das emphyteutische oder superficiarische Recht an dem Grundstücke beziehen, und eben deshalb auch nur dieses als beschränkt durch das Pfandrecht angesehen werden.

III. Pfandrecht an einem Pfandrechte.

In unsern Quellen ist allerdings von einem **Pignus pignori datum** die Rede; allein die Verpfändung eines Pfandes hat doch nicht die Wirkung, daß das vorhandene Pfandrecht Gegenstand eines neuen Pfandrechtes würde — sondern es wird jenes schon vorhandene Pfandrecht nur auf einen Andern übertragen. Ich weise deshalb auf §. 341. (S. 360.) Und sonach werden wir sagen müssen: An einem Pfandrechte gibt es kein Pfandrecht, auch kein uneigentliches.

§. 370.

b. Von dem Pfandrechte an einer Forderung.

Auch eine Forderung kann Gegenstand eines Pfandrechtes sein; ein solches Pfandrecht nennt man **Nominis pignus**; unter den mancherlei Bedeutungen des Ausdrucks **Nomen**, ist nämlich auch die, daß **Nomen** eine Forderung bezeichnet.

Denken wir uns nun, der **A.** hat eine Forderung an den **B.** Jetzt wird **A.** selbst mein Schuldner, und zu meiner Sicherstellung verpfändet er mir seine Forderung an den **B.** Es fragt sich, welche Bedeutung hat diese Verpfändung? Im Allgemeinen die: Für den Fall, daß **A.** mich nicht bezahlen sollte, überläßt er mir zu meiner Befriedigung seine Forderung an

den B. Angenommen daher, der vorausgesetzte Fall tritt ein, mit andern Worten, die Bedingung, unter welcher mir die Forderung überlassen ist, geht in Erfüllung, dann sind die rechtlichen Folgen diese:

1. Habe ich den B. davon in Kenntniß gesetzt, daß A. die Forderung an ihn mir überlassen habe, so kann sich der B. dadurch, daß er an den A. zahlt, von seiner Schuld nicht mehr befreien. Klagt der A. gegen den B., so kann dieser sich durch eine Exceptio schützen [1]).

2. Dagegen werde nunmehr ich die Forderung gegen den B. einklagen können, ganz eben so, wie überhaupt derjenige, dem eine Forderung überlassen ist, die Befugniß hat, gegen den Schuldner Klage zu erheben. Ist jedoch die Forderung des A. an den B. eine Geldforderung, und zwar eine solche, die meine Forderung an den A. übersteigt, so werde ich sie allerdings nur bis zu dem Betrage dieser letztern beitreiben dürfen [2]). Leistet der B. Zahlung an mich, so kommt es, was den fernern Erfolg anbelangt, darauf an, ob ich Geld erhalte, oder andere Sachen. Erhalte ich Geld, so ist, soweit dieses reicht, meine Forderung an den A. getilgt, und von einem mir zuständigen Pfandrechte kann weiter keine Rede sein. Erhalte ich aber andere Sachen, so verwandelt sich nun das uneigentliche Pfandrecht, welches ich bis dahin an der Forderung des A. hatte, in ein eigentliches Pfandrecht, dessen Gegenstand eben jene Sachen sind [3]).

1) L. 18. pr. D. d. P. A. XIII, 7. »Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicujus, id quod acceperit, erit tibi pignoris loco.« L. 4. C. quae res pignori obl. etc. VIII, 17. »Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse, jam pridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti, ille, cujus nomen tibi pignori datum est, nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore ejus probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet.«

2) Siehe cit. L. 4. C. quae res pignori. und vergl. L. 20. D. d. pignorib. XX, 1.

3) cit. L. 18. pr. D. d. P. A. XIII, 7. L. 13. §. 2. D. d. pignorib. XX, 1. (S. §. 341. Note 6.)

3. Der eben bezeichnete Weg der Klage gegen den B. ist nicht der einzige, welchen ich einschlagen kann. Ich kann mir auch dadurch Befriedigung verschaffen, daß ich die Forderung des A. an den B. irgend einem Dritten verkaufe, d. h. daß ich sie, gegen ein Kaufgeld, weiter an einen Dritten überlasse [4]).

Bei Allem, was ich bisher über das **Nominis pignus** gesagt habe, bin ich ausgegangen von der Voraussetzung willkürlicher Verpfändung. Aber das Pfandrecht an einer Forderung kann auch auf einer obrigkeitlichen Verfügung beruhen; namentlich können einem Verurtheilten, zum Behuf der Execution des Urtheils, wie körperliche Sachen, so auch Forderungen abgepfändet werden: dann ist es die Sache der Obrigkeit, diese Forderungen entweder beizutreiben oder zu verkaufen [5]).

Was die gesetzliche Begründung des Pfandrechts betrifft, so gibt es allerdings kein gesetzliches Special-Pfandrecht an einer Forderung; aber die gesetzlichen General-Hypotheken umfassen natürlich auch die zu dem verpfändeten Vermögen gehörigen Forderungen.

4) **L. 7. C. d. hereditate v. actione vendita. IV, 39. »Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur, ordinarium visum est, post nominis venditionem utiles emtori sicut responsum est, vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.«** Die nominis venditio, deren in dieser Stelle Erwähnung geschieht, ist zu beziehen auf den Verkauf der Forderung durch den Pfandgläubiger. S. Phil. Ed. Huschke, De pignore nominis. Gotting. 1820. 4. pag. 49. 50.

5) **L. 15. §. §. 8. 10. D. d. re jud. XLII, 1.**

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

Druck von Friedrich Ernst Huth.

Abhilfe

Druck von Friedrich Gustav Hurtig.

Werner.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Goeschen, Johann Friedrich Ludwig,

Vorlesungen über das gemeine Civilrecht

Bd.: 2,1

Göttingen 1839

J.rom.c. 137 m-2,1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565517-6